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

Jurisprudência Mineira	Belo Horizonte	a. 62	v. 197	p. 1-463	abr./jun. 2011

Escola Judicial Des. Edésio Fernandes

Superintendente
Des. Joaquim Herculano Rodrigues

Superintendente Adjunta
Des.ª Jane Ribeiro Silva

Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos
Des. Fernando Caldeira Brant

Diretor Executivo de Desenvolvimento de Pessoas
Paulo Eduardo Figueiredo e Silva

Diretora Executiva de Gestão da Informação Documental
Mônica Alexandra de Mendonça Terra e Almeida Sá

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas
Rosane Brandão Bastos Sales

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

Adriana Lucia Mendonça Doehler
Alexandre Silva Habib
Ana Márcia Macedo Rezende
Cecília Maria Alves Costa
Eliana Whately Moreira
José Dalmy Silva Gama
Karina Carvalho de Rezende
Lúcia de Fátima Capanema
Maria Célia da Silveira
Maria da Consolação Santos
Maria Helena Duarte
Maurício Tobias de Lacerda
Mauro Teles Cardoso
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.ejef.tjmg.jus.br - codit@tjmg.jus.br

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

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: Carlos Eduardo Miranda de Jesus - 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

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista, as afirmações e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.
Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 n° 1 1950-2011
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 CLÁUDIO RENATO DOS SANTOS COSTA

Primeiro Vice-Presidente
Desembargador MÁRIO LÚCIO CARREIRA MACHADO

Segundo Vice-Presidente
Desembargador JOAQUIM HERCULANO RODRIGUES

Terceira Vice-Presidente
Desembargadora MÁRCIA MARIA MILANEZ

Corregedor-Geral de Justiça
Desembargador ANTÔNIO MARCOS ALVIM SOARES

Tribunal Pleno
Desembargadores
(por ordem de antiguidade, em 03.06.2011)

Cláudio Renato dos Santos Costa
Roney Oliveira
Joaquim Herculano Rodrigues
Mário Lúcio Carreira Machado
José Tarcízio de Almeida Melo
José Antonino Baía Borges
Kildare Gonçalves Carvalho
Márcia Maria Milanez
José Altivo Brandão Teixeira
Antônio Marcos Alvim Soares
Eduardo Guimarães Andrade
Antônio Carlos Cruvinel
Edivaldo George dos Santos
Silas Rodrigues Vieira
Wander Paulo Marotta Moreira
Geraldo Augusto de Almeida
Caetano Levi Lopes
Luiz Audebert Delage Filho
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
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
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
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 Nívio Lacerda
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
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
Álvares Cabral da Silva
Fernando Neto Botelho
Alberto Henrique Costa de Oliveira
Marcos Lincoln dos Santos
Rogério Medeiros Garcia de Lima
Carlos Augusto de Barros Levenhagen
Eduardo César Fortuna Grion
Tibúrcio Marques Rodrigues
Tiago Pinto
Antônio Carlos de Oliveira Bispo
Luiz Carlos Gomes da Mata
Júlio Cezar Guttierrez Vieira Baptista
Doorgal Gustavo Borges de Andrada
José Marcos Rodrigues Vieira
Gutemberg da Mota e Silva
Herbert José Almeida Carneiro
Arnaldo Maciel Pinto
Sandra Alves de Santana e Fonseca
Alberto Deodato Maia Barreto Neto
Eduardo Machado Costa
André Leite Praça
Flávio Batista Leite
Nelson Missias de Morais
Matheus Chaves Jardim
Júlio César Lorens
Rubens Gabriel Soares
Marcílio Eustáquio Santos
Cássio Souza Salomé
Evandro Lopes da Costa Teixeira
José Osvaldo Corrêa Furtado de Mendonça
Wanderley Salgado Paiva
Agostinho Gomes de Azevedo
Vítor Inácio Peixoto Parreiras Henriques
José Mauro Catta Preta Leal
Estevão Lucchesi de Carvalho
Saulo Versiani Penna
Áurea Maria Brasil Santos Perez
Reinaldo Portanova
Osvaldo Oliveira Araújo Firmo
José do Carmo Veiga de Oliveira
Maria Luíza de Marilac Alvarenga Araújo
Walter Luiz de Melo

Composição de Câmaras e Grupos (em 03.06.2011) - 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*
José Altivo **Brandão Teixeira**
Caetano Levi Lopes
Hilda Maria Pôrto de Paula **Teixeira da Costa**
José **Afrânio Vilela**

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**
Dídimo Inocêncio de Paula
Maria das Graças Silva **Albergaria** dos Santos **Costa**
Elias Camilo Sobrinho

Quarta Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

José Tarcízio de **Almeida Melo***
Luiz **Audebert Delage** Filho
José Carlos **Moreira Diniz**
Dárcio Lopardi Mendes
Heloísa Helena de Ruiz **Combat**

Segundo Grupo de Câmaras Cíveis
1ª quarta-feira do mês (Terceira e Quarta Câmaras, sob a Presidência do Des. Almeida Melo)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Quinta Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

Manuel Bravo **Saramago***
Mauro Soares de Freitas
Carlos Augusto de **Barros Levenhagen**
André Leite Praça
Áurea Maria **Brasil** Santos Perez

Sexta Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

Edivaldo George dos Santos
Edilson Olímpio **Fernandes***
Maurício Barros
Antônio Sérvulo dos Santos
Sandra Alves de Santana e **Fonseca**

Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis
3ª quarta-feira do mês (Quinta e Sexta Câmaras, sob a Presidência da Des.Edivaldo George)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Sétima Câmara Cível
Terças-feiras

Desembargadores

Wander Paulo **Marotta** Moreira*
Belizário Antônio **de Lacerda**
Vítor Inácio **Peixoto** Parreiras **Henriques**
Osvaldo **Oliveira** Araújo **Firmo**
(...)

Oitava Câmara Cível
Quintas-feiras

Desembargadores

José **Edgard Penna Amorim** Pereira
Teresa Cristina da Cunha Peixoto
Antoninho **Vieira de Brito**
Pedro Carlos **Bitencourt Marcondes***
Fernando Neto **Botelho**

Quarto Grupo de Câmaras Cíveis
3ª quarta-feira do mês (Sétima e Oitava Câmaras, sob a Presidência do Des. Wander Marotta)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Nona Câmara Cível Terças-feiras	Décima Câmara Cível Terças-feiras
Desembargadores **Osmando Almeida*** **Pedro Bernardes** de Oliveira **Tarcísio** José **Martins Costa** **José Antônio Braga** Antônio **Generoso Filho**	Desembargadores **Alberto Aluízio Pacheco de Andrade** Paulo Roberto **Pereira da Silva** Álvares **Cabral da Silva*** **Gutemberg da Mota e Silva** José do Carmo **Veiga de Oliveira**

Quinto Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Primeira Câmara Cível Quartas-feiras	Décima Segunda Câmara Cível Quartas-feiras
Desembargadores **Selma** Maria **Marques** de Souza* **Fernando Caldeira Brant** **Marcelo** Guimarães **Rodrigues** **Marcos Lincoln** dos Santos **Wanderley Salgado Paiva**	Desembargadores **Alvimar de Ávila** José Geraldo **Saldanha da Fonseca*** Geraldo **Domingos Coelho** **José Flávio de Almeida** **Nilo** Nívio **Lacerda**

Sexto Grupo de Câmaras Cíveis

3ª quarta-feira do mês (Décima Primeira e Décima Segunda Câmaras, sob a Presidência do Des. Alvimar de Ávila)

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Terceira Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Quarta Câmara Cível Quintas-feiras
Desembargadores **Francisco Kupidlowski*** **Cláudia** Regina Guedes **Maia** José **Nicolau Masselli** **Alberto Henrique** Costa de Oliveira **Luiz Carlos Gomes da Mata**	Desembargadores **Valdez Leite Machado*** **Evangelina Castilho Duarte** **Antônio de Pádua** Oliveira **Rogério Medeiros** Garcia de Lima **Estevão Lucchesi** de Carvalho

Sétimo Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Quinta Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Sexta Câmara Cível Quartas-feiras
Desembargadores **José Affonso da Costa Côrtes*** **Maurílio Gabriel** Diniz **Tibúrcio Marques** Rodrigues **Tiago Pinto** **Antônio** Carlos de Oliveira **Bispo**	Desembargadores Francisco **Batista de Abreu*** **Sebastião Pereira de Souza** **Otávio de Abreu Portes** **Wagner Wilson** Ferreira **José Marcos** Rodrigues **Vieira**

Oitavo Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Décima Sétima Câmara Cível Quintas-feiras	Décima Oitava Câmara Cível Terças-feiras
Desembargadores	Desembargadores
Eduardo Mariné da Cunha*	**Guilherme Luciano Baeta Nunes***
Luciano Pinto	José de Anchieta da **Mota e Silva**
Márcia De Paoli Balbino	**Elpídio Donizetti** Nunes
Antônio **Lucas Pereira**	**Arnaldo Maciel** Pinto
Saulo **Versiani Penna**	(...)

Nono Grupo de Câmaras Cíveis

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

- Horário: 13 horas -

** Presidente da Câmara*

Primeira Câmara Criminal Terças-feiras	Segunda Câmara Criminal Quintas-feiras	Terceira Câmara Criminal Terças-feiras
Desembargadores	Desembargadores	Desembargadores
Ediwal José de Morais	**José Antonino Baía Borges***	**Antônio Carlos Cruvinel***
Judimar Martins **Biber** Sampaio*	Maria **Beatriz** Madureira **Pinheiro** Costa **Caires**	**Paulo Cézar Dias**
Alberto Deodato Maia Barreto **Neto**	**Renato Martins Jacob**	**Antônio Armando dos Anjos**
Flávio Batista Leite	**Nelson Missias de Morais**	Eduardo César **Fortuna Grion**
Reinaldo Portanova	**Matheus Chaves Jardim**	**Maria Luíza de Marilac** Alvarenga Araújo

** Presidente da Câmara*

Primeiro Grupo de Câmaras Criminais (2ª segunda-feira do mês) - Horário: 13 horas
Segunda, e Terceira e Sexta Câmaras, sob a Presidência do Des. José Antonino Baía Borges

Quarta Câmara Criminal Quartas-feiras	Quinta Câmara Criminal Terças-feiras
Desembargadores	Desembargadores
Delmival de Almeida Campos*	**Alexandre Victor de Carvalho***
Eduardo Brum Vieira Chaves	**Pedro** Coelho **Vergara**
Júlio Cezar Guttierrez Vieira Baptista	**Adilson Lamounier**
Doorgal Gustavo Borges de **Andrada**	**Eduardo Machado** Costa
Herbert José Almeida **Carneiro**	**Júlio César Lorens**

** 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

Sexta Câmara Criminal Quartas-feiras	Sétima Câmara Criminal Quintas-feiras
Desembargadores	Desembargadores
Rubens Gabriel Soares*	Geraldo José **Duarte de Paula***
Evandro Lopes da Costa Teixeira	**Hélcio Valentim**
José Osvaldo Corrêa **Furtado de Mendonça**	**Marcílio Eustáquio Santos**
José Mauro Catta Preta Leal	**Cássio** Souza **Salomé**
Walter Luiz de Melo	**Agostinho Gomes de Azevedo**

** Presidente da Câmara*

Terceiro Grupo de Câmaras Criminais - Horário: 13 horas
Primeira e Sétima Câmaras, sob a Presidência do Des. Duarte de Paula

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

Desembargadores

Cláudio Renato dos Santos Costa
Presidente

Joaquim Herculano Rodrigues
Segundo Vice-Presidente

Mário Lúcio Carreira Machado
Primeiro Vice-Presidente

Márcia Maria Milanez
Terceira Vice-Presidente

Antônio Marcos Alvim Soares
Corregedor-Geral de Justiça

José Edgard Penna Amorim Pereira

José Carlos Moreira Diniz

Vanessa Verdolim Hudson Andrade

Edilson Olímpio Fernandes

Geraldo José Duarte de Paula

Corte Superior (Sessões na segunda e na quarta quartas-feiras do mês - Horário: 13 horas)

Desembargadores

Cláudio Renato dos Santos Costa
Presidente

Roney Oliveira

Joaquim Herculano Rodrigues
Segundo Vice-Presidente

Mário Lúcio Carreira Machado
Primeiro Vice-Presidente

José Tarcízio de Almeida Melo

José Antonino Baía Borges

Kildare Gonçalves Carvalho
Presidente do TRE

Márcia Maria Milanez
Terceira Vice-Presidente

José Altivo Brandão Teixeira
Vice-Presidente e Corregedor do TRE

Antônio Marcos Alvim Soares
Corregedor-Geral de Justiça

Antônio Carlos Cruvinel

Edivaldo George dos Santos

Silas Rodrigues Vieira

Wander Paulo Marotta Moreira

Paulo Cézar Dias

Armando Freire

Dárcio Lopardi Mendes

Antônio Armando dos Anjos

Francisco Kupidlowski

Mauro Soares de Freitas

Dídimo Inocêncio de Paula

Heloísa Helena de Ruiz Combat

Selma Maria Marques de Souza

Alberto Deodato Maia Barreto Neto

(...)

Procurador-Geral de Justiça: Dr. Alceu José Torres Marques

Comitê Técnico da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Desembargadores

Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa

Fernando Caldeira Brant

Herbert José Almeida Carneiro

Juíza de Direito

Maria Luíza de Marilac Alvarenga Araújo

Diretor Executivo de Desenvolvimento de Pessoas

Paulo Eduardo Figueiredo e Silva

Diretora Executiva de Gestão de Informação Documental

Mônica Alexandra de Mendonça Terra e Almeida Sá

Comissão de Divulgação da Jurisprudência
(em 22.04.2010)

Desembargadores

Joaquim Herculano Rodrigues - Presidente

Armando Freire - 1ª, 2ª e 3ª Cíveis

Dárcio Lopardi Mendes - 4ª, 5ª e 6ª Cíveis

Sandra Fonseca - 7ª e 8ª Cíveis

Selma Marques - 9ª, 10ª e 11ª Cíveis

Nicolau Masselli - 12ª, 13ª e 14ª Cíveis

Rogério Medeiros - 15ª, 16ª, 17ª e 18ª Cíveis

Ediwal José de Moraes - 1ª, 2ª e 3ª Criminais

Adilson Lamounier - 4ª, 5ª, 6ª e 7ª Criminais

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Enéas Ribeiro Allevato - Nota biográfica 13

Juízes, o provimento dos cargos ao longo da história da Justiça no Brasil - Nota histórica 16

DOUTRINA

Ficha limpa e o STF - Rogério Medeiros Garcia de Lima 25

Valor mínimo dos prejuízos causados pelo crime (art. 387,IV, do CPP) - José Martinho Nunes Coelho e Rafael Pereira Coelho 27

A presunção de paternidade na inseminação artificial heteróloga - Fausto Bawden de Castro Silva 35

Reforma do CPP: cautelares, prisão e liberdade provisória - Rodrigo Iennaco 41

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Corte Superior 51

Jurisprudência Cível 69

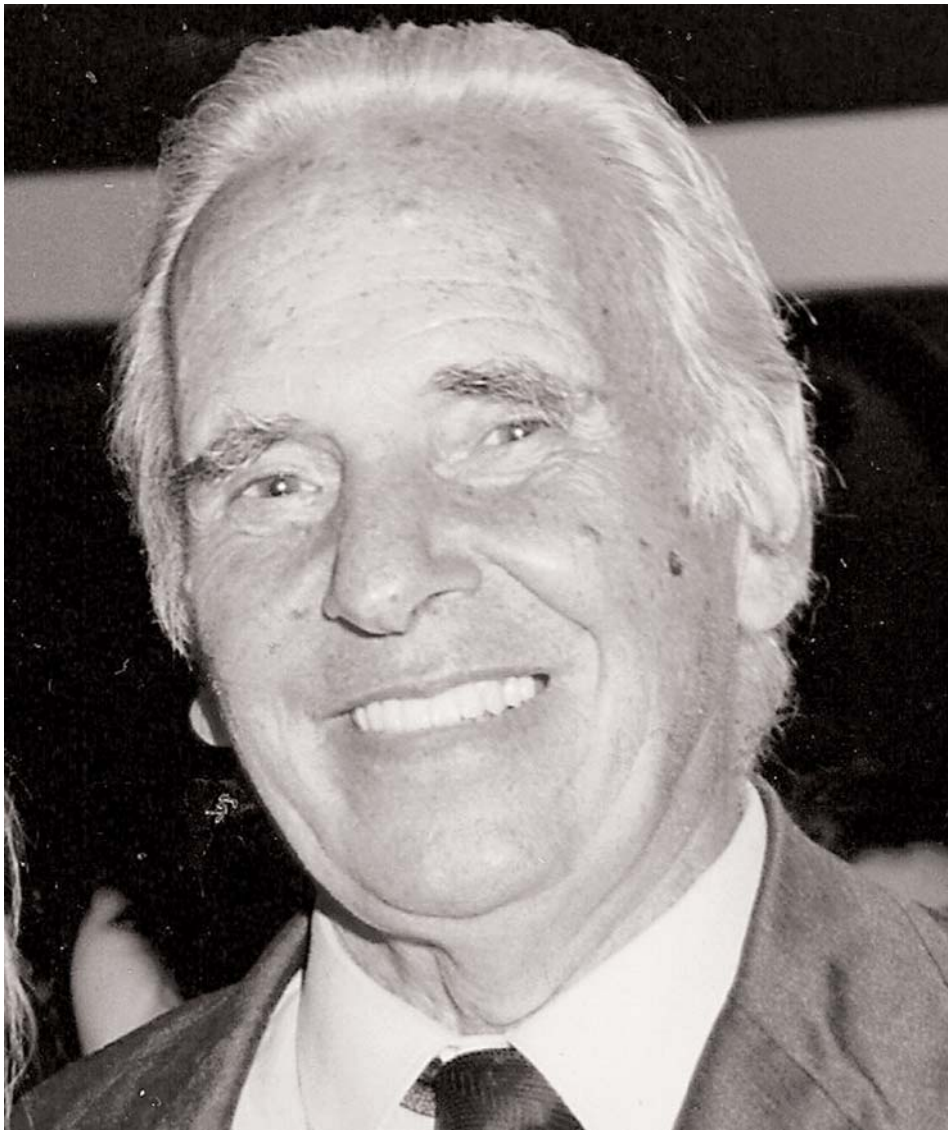
Jurisprudência Criminal 313

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 405

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 433

ÍNDICE NUMÉRICO 443

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO 447



Desembargador ENÉAS RIBEIRO ALLEVATO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Nota Biográfica*

Enéas Ribeiro Allevato (1924-2011)

Enéas Ribeiro Allevato, mineiro de Juiz de Fora, nasceu no dia 28 de setembro de 1924. Era filho do Sr. Camilo Allevato e da Sr.ª Francisca Ribeiro Allevato. Casou-se, em primeiras núpcias, com a Sr.ª Maria José Jordão Allevato, com quem teve dois filhos: José Luiz Jordão Allevato e Maria Elisa Jordão Allevato. Em segundas núpcias, casou-se com a Sr.ª Maria Augusta Edwiges Allevato.

Bacharelou-se pela Faculdade de Direito de Juiz de Fora, em 8 de dezembro de 1950.

Aprovado em concurso público para a Magistratura, foi nomeado Juiz de Direito da Comarca de Pedra Azul, onde entrou em exercício no dia 21 de julho de 1955. Posteriormente, em 7 de janeiro de 1956, foi removido, a pedido, para o cargo de Juiz de Direito da Comarca de Dores de Campos. Promovido, por antiguidade, para a Comarca de Rio Casca, iniciou suas atividades no dia 1° de abril de 1963. Em 1966, foi promovido, por merecimento, para a Comarca de Caratinga, onde entrou em exercício no dia 5 de fevereiro. Nessa Comarca atuou até o ano de 1972, quando de sua remoção, por permuta, para a Comarca de Sabará, em 8 de março. A partir do dia 1° de setembro de 1981, elevado para Belo Horizonte, assumiu o exercício na 6ª Vara Cível.

No dia 16 de agosto de 1989, tomou posse no cargo de Juiz do extinto Tribunal de Alçada, onde se aposentou aos 28 de setembro de 1994.

Em 17 de março de 2005, quando ocorreu a integração do Tribunal de Alçada e do Tribunal de Justiça, atingiu a grau máximo de sua carreira, promovido ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Faleceu no dia 22 de setembro de 2011.

Referência

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

...

* Autoria: Andréa Vanessa da Costa Val e Tânia Mara Cunha Caçador, sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente da MEJUD.

NOTA HISTÓRICA

Juízes, o provimento dos cargos ao longo da história da Justiça no Brasil*

A Justiça é tão grande e particular obrigação minha, e tão necessária para a conservação e acrescentamento dos Estados, que tudo o que na administração dela encarregar será muito menos do que eu desejo (Regimento Real de 23 de janeiro de 1677, passado ao Governador-Geral, Roque da Costa Barreto) (apud SALGADO, 1985, p. 72).

O Poder Judiciário sempre se preocupou com a qualidade da prestação jurisdicional, o que se expressa através da busca constante pelo aprimoramento do processo seletivo e da formação profissional dos membros da Magistratura.

A presente pesquisa contempla o recorte temporal que vai dos primeiros regramentos acerca dos concursos durante o Período Imperial até a criação da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEF, em 1979, que hoje é a responsável pela organização dos certames e dos cursos de formação. Optamos, contudo, por fazer um breve resumo sobre a criação e o provimento dos cargos da estrutura judiciária, em terras brasileiras, no início do Período Colonial.

Nos primórdios da ocupação portuguesa no Brasil, a Coroa dividiu o território em enormes fatias de terra, as Capitanias Hereditárias. Os Donatários, por sua vez, exerciam a aplicação das leis diretamente ou através de Ouvidores por eles designados, com jurisdição sobre a Justiça Cível e Criminal. Tal sistema vigorou até o início do Governo-Geral, em 1548, que reduziu o poder dos Donatários.

Segundo Salgado (1985), até o Alvará de 5 de março de 1557, não era permitida, sequer, a entrada de fiscais régios nas Capitanias, a fim de verificar e fiscalizar a aplicação da Justiça e os possíveis abusos cometidos pelos Donatários. A autora afirma que, a partir de 1548, inicia-se a estruturação da Justiça na Colônia:

> Assim, a partir de 1548, estruturou-se, em linhas básicas, o arcabouço da administração judicial na colônia. É importante ressaltar que essa estrutura se subdividia em outras instâncias além das abrangidas pelas demais áreas, limitadas ao governo-geral, às capitanias e aos municípios (SALGADO, 1985, p. 207-208).

Na primeira metade do século XIX, foram criados os cargos de Juiz de Vintena, para localidades com população entre 20 e 50 habitantes, e de Juiz Ordinário, para aquelas com população mais numerosa. O provimento do cargo se dava através da eleição de um cidadão entre os moradores, realizada pela Câmara Municipal (SALGADO, 1985, p. 207-208). Os ocupantes do cargo não eram magistrados de carreira, não lhes sendo exigido possuir formação jurídica. Havia ainda, na maioria das comarcas, um Ouvidor nomeado pelo Donatário e, a partir de 1557, pelo próprio Rei.

Conforme Salgado (1985), no final do século XVII, chegam ao Brasil os Juízes de Fora, magistrados de carreira, nomeados diretamente pelo Rei. Esse fato, juntamente com a criação da Relação da Bahia em 1609, significou maior presença da justiça especializada, composta por magistrados com formação jurídica, além de representar um esforço da Coroa na fiscalização da administração da justiça e na tentativa de coibir os abusos de seus aplicadores.

A Carta Régia de 26 de agosto de 1758 criou as Juntas de Justiça nas Capitanias; o Alvará de 18 de janeiro de 1765 determinava que:

> em todos os lugares do Brasil onde existissem ouvidores, se formassem juntas de justiça compostas pelo ouvidor, como presidente e relator, e dois adjuntos, que poderiam ser ministros letrados ou bacharéis formados (CABRAL; CAMARGO, 2010, p. 32).

O que se pode observar é que, apesar de haver regras de seleção como a eleição pelas Câmaras, havia uma mescla entre a justiça especializada, magistrados com formação jurídica, e outros membros também investidos do poder de aplicadores da lei, mas sem formação específica, sendo muitos apenas letrados.

Com a vinda da Corte para o Brasil, em 1808, toda a estrutura do Poder Judiciário que funcionava na Capital, Lisboa, foi transferida para a nova sede, o Rio de Janeiro. Dessa forma, não houve mudança estrutural na Justiça brasileira, muito embora, com a instalação da 3ª Instância (Casa de Suplicação) em terras brasileiras, os recursos ganhassem certa celeridade.

No início do Império, com a Constituição de 1824, há uma reestruturação da Justiça no Brasil, com a independência do Poder Judiciário, que ganha autonomia relativa. Contudo, as regras para ingresso na Magistratura prosseguem as mesmas do Período Colonial, ou seja, o Monarca é quem escolhe e nomeia os Magistrados.

Criado em 1827, o cargo de Juiz de Paz, provido por cidadãos eleitos, sem exigência de formação específica, permitia a participação da comunidade nos feitos da Justiça.

Nesse mesmo sentido, a Disposição Provisória de 1832 determinava que em cada comarca haveria Juízes

---

* Ensaio elaborado por Andréa Vanêssa da Costa Val, Assessora da Memória do Judiciário Mineiro, e Carine Kely Rocha Viana, sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

de Órfãos, Municipais, Promotores Públicos e um Juiz de Direito, todos nomeados pelo Imperador entre os bacharéis formados em Direito, com idade maior que 21 anos e que tivessem ao menos um ano de prática de foro. Mas a grande inovação era mesmo o Júri, formado por eleitores que anualmente eram alistados para julgarem devassas e querelas em processo público e oral. Contudo, tais mudanças vigoraram por menos de dez anos (VAINFAS, 2002, p. 452).

O Decreto nº 687, de 26 de julho de 1850, determinava que os Juízes de Direito deveriam ser nomeados pelo Imperador, dentre cidadãos, bacharéis em Ciências Jurídicas, após servirem como Juiz Municipal, de Órfãos, ou Promotor Público. Definia, ainda, que os bacharéis habilitados deveriam ser matriculados numa lista organizada pelo Oficial Maior da Secretaria de Estado de Negócios e Justiça, com base nas informações prestadas pelos Presidentes de Província e pela documentação apresentada pelo requerente.

O fato de as nomeações e promoções serem feitas pelo próprio Imperador, Dom Pedro II, mostra a centralização de poder, característica da concepção de estado uno, do Império. O Imperador fazia as nomeações, sempre ouvindo o Conselho de Estado e a Secretaria de Estado de Negócios e Justiça, observando as recomendações e pareceres dos Presidentes das Relações e das Províncias. Porém, ainda não havia menção a concursos para a aferição de conhecimentos dos postulantes aos cargos da Magistratura.

A Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, que tratava da substituição dos Juízes de Direito pelos Juízes Substitutos, assim como o Decreto nº 687, de 1850, não faziam menção a concurso, mas traziam a exigência de prática de foro de dois anos para os candidatos.

O Decreto Imperial nº 2.432, de 6 de agosto de 1873, criou sete Relações. Dentre as quais, a Relação de Ouro Preto, instalada em fevereiro de 1874, dando às Minas Gerais uma das mais extensas e populosas Províncias do Império, a Justiça de Segunda Instância.

Foi, com o advento da República e de sua Constituição de 1891, que o concurso, ainda em moldes diferentes dos atuais, apareceu como exigência para o ingresso na carreira, acompanhado da necessidade de cumprimento de noviciado[1]. A Constituição Estadual, de 18 de junho de 1891, no inciso V do art. 67, regrava que: "A nomeação dos juizes de direito será precedida de noviciado e concurso, e a dos substitutos, de noviciado".

Em consonância com a Carta Magna e a Constituição Estadual, a Lei Estadual nº 18, de 28 de novembro de 1891, que estabeleceu a Organização Judiciária do Estado, regrava que o ingresso na Magistratura vitalícia se daria da seguinte forma:

> Art. 19. Os juizes de direito serão nomeados pelo Presidente do Estado dentre os doutores e bacharéis formados em direito em alguma das faculdades da Republica, precedendo á nomeação, noviciado e concurso.
> Art. 20. Consiste o noviciado no effectivo exercício da advocacia e pratica do fôro, por cinco annos, ou dos cargos de juiz substituto, juiz de paz e promotor de justiça, por quatro annos no Estado.
> Art. 21. O concurso terá logar, sempre que houver vaga, perante uma commissão composta do presidente da Relação, de dous desembargadores eleitos pelo tribunal em escrutinio secreto, por maioria de votos, contendo cada cédula um só nome, e dous advogados de nota, eleitos, um pelo Senado e outro pela Câmara dos Deputados.
> § 1º Os dous advogados serão eleitos no principio de cada sessão legislativa e servirão emquanto não houver nova eleição, e os desembargadores o serão para cada concurso.
> § 2º Para substituição dos advogados serão eleitos na mesma occasião dous supplentes.

A organização do concurso ficava a cargo da Secretaria do Interior, e sua coordenação e execução, sob a responsabilidade do Tribunal da Relação, sendo que uma das atribuições do Presidente da Relação era a de presidir a comissão examinadora do concurso para ingresso na Magistratura, conforme expresso no art. 193, inciso XVII, da referida lei. No caso dos serventuários do Tribunal da Relação, a comissão era presidida pelo Secretário e, nas comarcas, pelo Juiz de Direito.

O Decreto nº 585, de 15 de março de 1892, regulamentava a execução da Lei nº 18, de 1891, no que se refere ao Tribunal da Relação. Na seção IV, era previsto que o concurso seria realizado sempre que se verificasse a vacância do cargo, em alguma comarca do Estado. O Tribunal da Relação faria o anúncio da vaga através de edital, convidando os pretendentes a se inscreverem para os exames. O art. 116 do referido decreto estabelecia que o programa de pontos do concurso e a arguição dos candidatos ficariam a cargo da comissão examinadora, permanecendo com a mesma formação prevista no art. 21 da Lei nº 18, de 1891.

O inciso V do art. 67 da Constituição Estadual, de 1891, foi revogado pelo art. 19 da Lei Adicional nº 05, de 13 de agosto de 1903, o qual estabelecia que a nomeação dos Juízes de Direito seria precedida de noviciado e sem a exigência do concurso. A organização não sofreu alterações.

O Decreto nº 1.558, de 15 de novembro de 1902, trazia a definição dos cargos da Secretaria do Tribunal e os critérios de ingresso para serventuários, bem como

[1] Consiste o noviciado no efetivo exercício da Advocacia e prática do foro, por cinco anos, ou dos cargos de Juiz Substituto, Juiz de Paz e Promotor de Justiça, por quatro anos no Estado.

para a Magistratura. Esse decreto previa o anúncio por edital, com prazo de 30 dias para inscrições. Para tanto, os interessados ao cargo deveriam apresentar certidão de maioridade e folha corrida de bons antecedentes.

Em 1903, foi estabelecida uma nova organização judiciária, através da Lei nº 375, de 19 de setembro de 1993, regulamentada pelo Decreto nº 1.636, de 7 de outubro de 1903, a qual retirou a necessidade de concurso de provas para ingresso na Magistratura.

> Art. 26. Os juízes de direito serão nomeados pelo Presidente do Estado dentre os doutores e bachareis formados em direito por alguma das Faculdades da Republica, officiaes ou reconhecidas, precedendo de noviciado à nomeação.

Contudo, permaneceu o concurso de títulos como exigência para a habilitação dos interessados aos cargos vagos na Magistratura. Essa metodologia de seleção era estabelecida também no Decreto nº 4.561, de 24 de abril de 1916. Não há menção a alterações para a formação das comissões examinadoras, continuando o concurso a ser autorizado pela Secretaria do Interior e organizado pela Secretaria do Tribunal.

O Decreto nº 4.561, de 24 de abril de 1916, regulamentou a execução da Lei nº 663, de 18 de setembro de 1915, sem grandes alterações na sistemática da seleção do concurso para Juiz. Permaneceu, portanto, a nomeação para Juiz precedida apenas de noviciado e inscrição com a apresentação de documentos (habilitação), uma espécie de concurso de títulos sem provas.

> Art. 7. Os juizes de direito serão nomeados pelo Presidente do Estado, dentre os doutores e bachareis formados em direito por alguma das faculdades da República, precedendo noviciado á nomeação.
> [...]
> Art. 13. Abrir-se-á na Secretaria do Interior matricula especial para os habilitados ao cargo de juiz de direito, na qual serão não só mencionados seus nomes, os documentos que se habilitaram e respectivo despacho, como tambem annotadas quaesquer informações ou factos posteriores, que possam influir na apreciação de seus meritos.
> [...]
> Art. 18. Aos pretendentes habilitados, que requererem, se expedirá diploma de habilitação ou certidão de matricula, sem a qual não poderão ser nomeados.
> Art. 19. As comarcas de 1ª entrância serão providas pelos pretendentes que o Presidente do Estado nomear juizes de direito dentre os habilitados de maior merecimento.

Já a Lei nº 912, de 23 de setembro de 1925, trazia, em seu texto, a aprovação em concurso de provas como requisito para ingresso na Magistratura, bem como o cargo de oficial e o de amanuense do Tribunal da Relação. Para os demais empregados da Justiça, a nomeação prossegue sendo de livre escolha do Presidente do Estado.

> Art. 21. Os juízes de direito serão nomeados pelo Presidente do Estado dentre os doutores e bachareis em direito, formados por alguma das Faculdades da Republica, officiaes ou reconhecidas, precedendo á nomeação noviciado e concurso.
> [...]
> Art. 23. O concurso será feito perante uma commissão constituida pelo Presidente da Relação, que o presidirá, de dois desembargadores, eleitos pelo Tribunal, em camaras reunidas, e de dois advogados de notavel saber ou professores da Faculdade de Direito de Minas, nomeados pelo Secretario da Interior.
> Art. 25. O concurso constará de duas provas - uma escripta, e outra oral, versando sobre direito civil, commercial e criminal e theoria e pratica do processo.
> [...]
> Art. 122. Serão nomeados pelo Presidente do Tribunal, o Secretario e demais funccionarios da Secretaria da Relação e dependencias.

A Lei nº 1.091, de 8 de outubro de 1929, que tratava da Organização Judiciária do Estado, não trazia alterações no que tange à realização dos concursos para provimento dos cargos de Juiz de Direito.

A Lei nº 1.146, de 5 de setembro de 1930, alterou a forma do concurso para ingresso na Magistratura, que até então era de provas, e passou a ser apenas de títulos, voltando a vigorar a antiga forma de seleção:

> Art. 8. No art. 23 da lei 912, de 3 de setembro de 1925, depois da palavra - 'a concurso' - accrescente-se: 'que será de documentos'.
> [...] Suprimam-se os artigos 25, 26, e 27 e seus paragrafos (os parágrafos são referentes à forma da prova).

Através da Lei nº 1.227, de 22 de outubro de 1930, esse entendimento é reforçado, de forma explícita, no seu art. 3º, no qual ficou regrado que: "A nomeação de juízes de direito de 1ª entrância será feita de acordo com o disposto nos arts. 7º a 18º [...] do regulamento a que se refere o Decreto 4.561, de 24 de abril de 1916".

A Constituição Estadual, de 30 de julho de 1935, em atendimento à Constituição Federal de 1934, definiu o ingresso na Magistratura em seu art. 50, como sendo realizado via lista tríplice:

> Art. 50. Os juízes vitalícios serão nomeados pelo governador, mediante lista tríplice organizada pela Corte de Apelação, após concurso de provas ou de títulos, e deverão ser bacharéis em direito, com mais de vinte e cinco e menos cinqüenta anos de idade, e quatro anos, pelo menos, de prática forense.

O Decreto nº 667, de 14 de março de 1940, por sua vez, estabeleceu que o concurso fosse de títulos. Após aferida a documentação apresentada pelos candidatos, seriam elaboradas listas tríplices para as vagas em vacância, em atendimento ao regrado no Diploma de 1935. A organização do concurso permaneceu inalterada, bem como a comissão examinadora:

> Art. 18. Os Juízes de Direito serão nomeados pelo Governador do Estado dentre os doutores ou bacharéis em direito, formados por alguma das Faculdades da República, oficiais ou reconhecidas, precedendo à nomeação noviciado e concurso.
> [...]
> Art. 20. Verificada a vaga em qualquer comarca de primeira entrância, mandará o Presidente do Tribunal de Apelação anunciá-la por editais publicados no órgão oficial do Estado, sem mencionar a comarca, e convidando os pretendentes a inscreverem-se dentro do prazo de trinta dias, contados da primeira publicação.
> [...]
> Art. 22. Em sessão de Câmaras reunidas, depois de terminado o prazo a que se refere o art. 20, o Tribunal, na forma do seu Regimento Interno, organizará lista tríplice para cada comarca, remetendo-a em seguida, ao Governador do Estado, o qual fará a nomeação dos indicados, dentro de sessenta dias após o recebimento da mesma lista.

A Constituição Federal de 1946 manteve praticamente inalterada a matéria referente aos concursos. Contudo, retirou o quesito relativo à idade mínima dos candidatos ao cargo de Juiz de Direito:

> Art. 124:
> [...]
> III - o ingresso na magistratura vitalícia, dependerá de concursos de provas, organizado pelo Tribunal de Justiça com a colaboração do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, e far-se-á a indicação dos candidatos, sempre que fôr possível, em lista tríplice.

Em consonância com o Diploma Federal, a Constituição Estadual de 1947 atendeu ao regrado no art. 124, retrocitado, reproduzindo-o em sua integralidade no art. 63, acrescendo-se o seguinte:

> Art. 63 [...]
> Parágrafo único. Na organização da lista tríplice para o ingresso na carreira de Juiz de Direito, será assegurada preferência pelo Juiz Municipal, em igualdade de condições com outro candidato.

O Decreto-lei nº 1.630, de 15 de janeiro de 1946, disciplinou a matéria sobre os concursos definindo a forma de ingresso na Magistratura, que permaneceu sendo efetuada através de concurso, mas o cargo inicial seria o de Juiz Substituto:

> Art. 30. O cargo de Juiz Substituto de primeira classe constitui o primeiro grau da Magistratura vitalícia e será provido mediante concurso de provas e títulos.
> Art. 31. O concurso constará de provas escrita e prática [...].
> Art. 32. A comissão examinadora será formada por três Desembargadores e presidida pelo que contar maior antiguidade no Tribunal.
> [...]
> Art. 38. Findas as provas, a comissão examinadora fará a classificação dos candidatos, de acôrdo com as notas obtidas, considerando-se desclassificado aquêle que não alcançar a média 5.
>
> Art. 39. O Tribunal de Apelação enviará ao Governo, para nomeação do Juiz Substituto do têrmo de 1ª classe que se vagar, a lista dos três candidatos que houverem obtido a melhor classificação [...].

A Lei nº 1.098, de 22 de junho de 1954, excluiu a necessidade de noviciado, estabeleceu que o concurso passasse a ser de provas e manteve a nomeação através de lista tríplice organizada pelo TJMG, com alteração da composição da comissão examinadora:

> Art. 54. O ingresso na carreira de juiz de direito depende de concurso de provas, e se fará em primeira entrância.
> Parágrafo único. A nomeação será feita pelo Governador, mediante lista tríplice organizada pelo Tribunal, constituído de seus membros efetivos.
> [...]
> Art. 56. O concurso, aberto por deliberação do Tribunal, será válido por dois anos, contados da data de aprovação.
> [...]
> Art. 60. Escoado o prazo para inscrição, formar-se-á a comissão examinadora, constituída pelo Presidente, dois desembargadores por êle nomeados, e dois advogados indicados pelo Conselho Seccional da Ordem.

A Lei nº 3.344, de 14 de janeiro de 1965, trouxe algumas alterações na forma do concurso para Magistrados, tendo como cargo inicial da Magistratura vitalícia o de Juiz Seccional:

> Art. 50. O ingresso na magistratura vitalícia, como Juiz de Direito de primeira entrância, dependerá de concursos de provas e de títulos; ou de concurso de provas, seguido do estágio de 2 (dois) anos no cargo de Juiz Seccional e posterior exame de títulos, nos termos desta Lei.
> [...]
> Art. 55. Escoado o prazo para a inscrição, formar-se-á a Comissão Examinadora constituída do Presidente, 2 (dois) Desembargadores por ele nomeados e (dois) advogados indicados pelo Conselho Seccional da Ordem.
> [...]
> Art. 60. Terminadas as provas, a Comissão procederá ao julgamento final, de acordo com a média das notas atribuídas pelos examinadores.
> [...]
> § 2º Os candidatos serão classificados em ordem decrescente, sendo desclassificado o candidato que obtiver, em qualquer matéria, média inferior a quatro.
> [...]
> Art. 64. A nomeação para cargo de Juiz de Direito ou de Juiz Seccional será feita pelo Governador, mediante lista tríplice organizada pelo Tribunal para cada comarca, ou lugar vago de Juiz Seccional, entre os respectivos inscritos, deliberando aquele com seus membros efetivos.

A Lei nº 3.414, de 15 de setembro de 1965, alterou alguns critérios para o ingresso na Magistratura, reduzindo o período de estágio como Juiz Seccional de dois para um ano.

> Art. 50. O ingresso na magistratura vitalícia, como Juiz de Direito de primeira entrância, dependerá de concurso de

provas, e de títulos; ou de concurso de provas, seguido de estágio de 1 (um) ano no cargo de Juiz Seccional, e posterior exame de títulos, nos termos da Lei.

Com as alterações trazidas pelas Constituições Federal e Estadual, uma nova Lei de Organização Judiciária foi publicada, em adaptação aos referidos diplomas. Trata-se da Lei nº 4.648, de 21 de novembro de 1967. As modificações trazidas por essa nova lei foram: a volta do período de dois anos de estágio no cargo de Juiz Seccional e a organização e a promoção do certame ficarem a cargo da Secretaria do Interior e Justiça.

> Art. 50. O ingresso na magistratura de carreira, como Juiz de primeira entrância, dependerá de concurso de provas e de títulos; ou de concurso de provas, seguido de estágio de dois anos no cargo de Juiz Seccional e posterior exame de títulos nos termos desta Lei (Constituição Estadual, art. 137).
> [...]
> Art. 64. A nomeação para o cargo de Juiz de Direito ou de Juiz Seccional será feita pelo Governador, mediante lista tríplice sempre que possível (Constituição Estadual, art.137, §1º), organizada pelo Tribunal para cada comarca ou lugar vago de Juiz Seccional, entre os respectivos inscritos, deliberando aquele com seus membros efetivos.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, definiu que o Tribunal de Justiça seria o realizador do concurso para Juiz, e não mais a Secretaria do Interior e Justiça:

> Art.144 [...]
> I - O ingresso na magistratura de carreira dar-se-á mediante concurso público de provas e títulos, realizado pelo Tribunal de Justiça, com participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil; a indicação dos candidatos far-se-á, sempre que possível, em lista tríplice.

Esse ato foi reforçado pela Resolução nº 46, de 31 de dezembro de 1970, na qual se estabeleceu que o concurso seria aberto pelo Tribunal de Justiça, porém essa resolução não menciona a Secretaria do Interior e Justiça:

> Art. 52. O ingresso na magistratura de carreira, como Juiz de primeira entrância, dependerá de concurso de provas e de títulos, nos termos desta Resolução.
> Art. 53. O concurso para Juiz de Direito e Auxiliar, aberto por deliberação do Tribunal de Justiça, será válido por 2 (dois) anos, contados da data da sua aprovação.
> [...]
> Art. 56. A nomeação para cargo de Juiz Titular da comarca ou de Juiz Auxiliar será feita pelo Governador, mediante lista tríplice, sempre que possível, organizada pelo Tribunal para cada comarca ou lugar vago de Juiz Auxiliar, entre os respectivos inscritos.

Uma nova Lei de Organização Judiciária foi dada pela Resolução nº 61, de 8 de dezembro de 1975, que alterou a forma e a organização do concurso:

> Art. 26. Compete ao Tribunal:
> [...]
> XXIX - homologar concurso para o cargo de Juiz de Direito e Auxiliar e julgar os recursos interpostos;
> [...]
> Art. 47. Compete ao Presidente:
> [...]
> XXVIII - receber e processar pedido de inscrição em concurso para Juiz ou Servidor do Tribunal;
> [...].
> Art. 49. O ingresso na magistratura de carreira, como Juiz de primeira entrância, dependerá de concurso de provas e de títulos, nos termos desta Resolução.
> Art. 50. O concurso para Juiz de Direito e Auxiliar, aberto por deliberação do Tribunal de Justiça, será válido por 2 (dois) anos, contados da data da sua aprovação.
> [...]
> Art. 68. Compete ao Diretor do Foro:
> [...]
> X - processar concurso ou exame de habilitação e seleção para os cargos dos órgãos auxiliares da Justiça, bem como presidir a comissão examinadora;
> [...]
> Art. 179. Compete ao Conselho Superior da Magistratura:
> [...]
> XIV - baixar provimento regulamentando o concurso para preenchimento de cargos dos órgãos auxiliares de primeira instância e homologar o concurso realizado, remetendo ao Governador do Estado a relação dos candidatos aprovados, com a respectiva classificação; [...].

Em fins da década de 1970, através da Portaria nº 231, de 11 de agosto de 1977, foram realizados os primeiros esforços no sentido da criação e implementação da Escola Judicial, que, a partir dos certames realizados em 1978 e 1979, passou a organizar o concurso para ingresso na Magistratura Mineira:

> RESOLVE designar o referido Bacharel[2] para proceder aos estudos preliminares, visando à implantação e organização em Minas Gerais da Escola Judicial, ficando, ainda, o mencionado funcionário com a competência para coordenar os Concursos para Juiz de Direito realizados pela Secretaria do Tribunal.

O Diretor-Geral ficou sendo o responsável pela organização dos concursos, de acordo com diversas portarias publicadas, conforme descrito abaixo:

> *PORTARIA Nº 274, de 5 de dezembro de 1980*
> O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso de suas atribuições e, nos termos do artigo 185 da Resolução nº 61/75-TJMG, com a redação da lei nº 7.655, de 21.12.1979,

[2] Bacharel Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, Diretor-Geral deste Tribunal.

> RESOLVE constituir, pela seguinte forma, a Comissão Examinadora do Concurso Público de provas e títulos para provimento de cargos de JUIZ DE DIREITO E JUIZ DE DIREITO AUXILIAR DE PRIMEIRA ENTRÂNCIA.
> Examinadores:
> Direito Civil: Desembargador José Oswaldo de Oliveira Leite
> Direito Processual Civil: Desembargador Márcio Aristeu Monteiro de Barros
> Direito Penal: Desembargador José de Freitas Teixeira
> Direito Processual Penal: Professor Lourival Vilela Viana
> Direito Comercial: Professor Wille Duarte Costa
> Direito Constitucional e Direito Eleitoral: Professor José Alfredo de Oliveira Baracho
> Secretário da Comissão: Bacharel Fausto Glória Pena, Diretor-Geral do TJMG
> Coordenador do Concurso: Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, Coordenador da Escola Judicial do TJMG.
> Belo Horizonte, 05 de setembro de 1980.
> O Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça e da Comissão Examinadora,
> Hélio Costa
> Presidente

A Lei nº 7.655, de 21 de dezembro de 1979, estabeleceu como competência da Corte Superior a elaboração da lista tríplice dos candidatos aprovados para os cargos vagos de Juiz, ficando o Conselho Superior da Magistratura encarregado de baixar os regulamentos do certame, bem como de homologar o concurso.

> Art. 30. A Corte Superior tem competência jurisdicional e atribuições administrativas conferidas por lei ao Tribunal Pleno.
> [...]
> § 2º São atribuições administrativas da Corte Superior:
> [...]
> XIV - indicar, em lista tríplice, sempre que possível, candidatos aprovados em concurso para a nomeação aos cargos de Juiz de Direito e de Juiz de Direito Auxiliar;
> [...]
> XXI - homologar concurso para o cargo de Juiz de Direito e Juiz Auxiliar e julgar os recursos interpostos;
> [...]
> Art. 185. O ingresso na magistratura se faz para o cargo de Juiz de Direito de 1ª entrância ou de Juiz Auxiliar, após concurso público de provas e títulos, organizado e realizado com a participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.
> Art. 186. O concurso para Juiz de Direito e Juiz de Direito Auxiliar, aberto por deliberação do Tribunal de Justiça, será válido por 2 (dois) anos, contados da data de sua homologação.
> [...]
> Art. 190. Homologado o concurso, a nomeação dos candidatos aprovados será feita pelo Governador do Estado, mediante listas tríplices organizadas pela Corte Superior, após realização do Curso de Preparação, ministrado pela Escola Judicial.
> Parágrafo único. As listas tríplices serão organizadas com indicação, pela ordem de classificação, de candidatos em número correspondente às vagas existentes, mais dois para cada vaga, sempre que possível.

Nos anos de 1978 e 1979, foram realizados os primeiros processos seletivos para provimento dos cargos de Juiz, organizados pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, que, inicialmente, somente se ocupou da preparação dos Magistrados aprovados. Posteriormente, ficou sendo o órgão responsável pelos concursos em sua totalidade, tendo, seu Coordenador, a incumbência de organizar o processo seletivo.

Alguns anos mais tarde, a EJEF tornou-se responsável, também, pela seleção e organização dos concursos para os serviços auxiliares da Justiça. Desde sua criação até os dias atuais, a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes vem desempenhando atividades que vão desde a organização de certames e a formação de juízes e servidores a cursos de atualização e aperfeiçoamento profissional.

Nesse percurso histórico, pode-se observar que, desde o início do processo seletivo para ingresso na Magistratura, houve crescente preocupação com a aferição dos conhecimentos dos candidatos aos cargos, com vistas à excelência na prestação jurisdicional.

Referências

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Legislação*: Legislação Mineira. Belo Horizonte, 1831-1970. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/index.html>. Acesso em: 28 mar. 2011.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. *Coleção das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, v. 1, 1892. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/anteriores.html>. Acesso em: 28 mar. 2011.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/anteriores.html>. Acesso em: 28 mar. 2011.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/anteriores.html>. Acesso em: 28 mar. 2011.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. *Coleção das Leis de 1946*. Rio de Janeiro, v. 8, 1947. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/InfDoc/novoconteudo/legislacao/republica/Leisocerizadas/leis1946v8.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2011.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1967*. *Coleção das Leis de 1967*. Brasília, v. 1, 1968.

Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet-/InfDoc/novoconteudo/legislacao/republica/LeisOcerizadas/Leis1967v1.pd>. Acesso em: 28 mar. 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Senado Federal, Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2011.

BRASIL. *Decreto nº 687, de 26 de julho de 1850*. Estabelece regras sobre as nomeações,remoções, e vencimentos dos Juízes de Direito. *Coleção das leis do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 1851. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio>. Acesso em: 28 mar. 2011.

BRASIL. *Decreto nº 2. 033, de 20 de setembro de 1871*. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. *Coleção das Leis do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 1871. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/infdoc/conteudo/colecoes/legislacao/legimpcd-06/leis1871/pdf02.pdf>. Acesso em 28 mar. 2011.

BRASIL. *Decreto nº16.273, de 20 de dezembro de 1923*. Reorganiza a Justiça do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez. 1923. Seção 1. p. 32400. Disponível em: <http://www2.-camara.gov.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16273-20-dezembro-1923-509027-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 28 mar. 2011.

BRASIL. *Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930*. Reorganiza a Corte de Apelação e dá outras providências. *Diário Oficial da União,* Poder Executivo, Brasília, DF, 23 nov. 1930. Seção 1. p. 21214. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin-/fed/decret/1930-1939/decreto-19408-18-novembro-1930-516290-norma-pe.html>. Acesso em 28 mar. 2011.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal, de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 out. 1969. Seção 1. p. 8865. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/-fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-norma-pl.htmll>. Acesso em 28 mar. 2011.

CABRAL, Dilma; CAMARGO, Ângela Ricci. *Estado e administração:* a corte joanina no Brasil. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2010. 387 p.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Coleção das Leis do Império do Brasil*. Brasília, DF, 1808-1889. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio>. Acesso em: 28 mar. 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Coleção de Leis da República*. Brasília, DF, 1889-2000. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/republica>. Acesso em: 28 mar. 2011.

CENTER FOR RESEARCH LIBRARIES. *Mensagens dos Presidentes das Províncias* (1830-1930): Minas Gerais. Disponível em: <http://www.crl.edu/brazil/provincial-/minas_gerais>. Acesso em: 28 mar. 2011.

CENTER FOR RESEARCH LIBRARIES. *Almanak Administrativo, Mercantil e Industrial do Rio de Janeiro (1844-1889)*. Disponível em: <http://www.crl.edu-/brazil/almanak>. Acesso em: 28 mar. 2011.

CENTER FOR RESEARCH LIBRARIES. *Relatórios ministeriais (1821-1960)*: Justiça. Disponível em: <http://www.-crl.edu/brazil/ministerial/justica>. Acesso em: 28 mar. 2011.

COSTA VAL, Andréa Vanêssa da; CARVALHO, Shirley Ker Soares de. Sedes da 2ª Instância Mineira (1873-1912)-As edificações como fonte de pesquisa. In: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Jurisprudência Mineira*. Belo Horizonte, a. 60, v.191, out./dez. 2009. p . 16-18.

MINAS GERAIS. (Estado). *Coleção das Leis e Decretos do Estado de Minas Gerais, 1900*. Cidade de Minas: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1900.

MINAS GERAIS. (Estado). *Coleção das Leis e Decretos do Estado de Minas Gerais, 1902*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1902.

MINAS GERAIS. (Estado). *Coleção das Leis e Decretos do Estado de Minas Gerais, 1903*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1903.

MINAS GERAIS. (Estado). *Coleção das Leis e Decretos do Estado de Minas Gerais, 1910*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1910.

MINAS GERAIS. (Estado). *Coleção das Leis e Decretos do Estado de Minas Gerais, 1912*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1912.

MINAS GERAIS. (Estado). *Coleção das Leis e Decretos do Estado de Minas Gerais, 1915*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1915.

MINAS GERAIS. (Estado). *Coleção das Leis e Decretos do Estado de Minas Gerais, 1925*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1926.

MINAS GERAIS. (Estado). *Coleção das Leis e Decretos do Estado de Minas Gerais, 1929*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1930.

MINAS GERAIS. (Estado). *Coleção das Leis e Decretos do Estado de Minas Gerais, 1930*. Belo Horizonte:Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1930.

MINAS GERAIS (Estado). Constituição do Estado de Minas Gerais, 1935. *Minas Gerais*. Belo Horizonte, 31 jul. 1935. p. 1. Disponível em: <http://www.almg-.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=CON&num=1935&comp=&ano=1935&aba=js_textoOriginal#texto>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS (Estado). Constituição do Estado de Minas Gerais, 1945. *Minas Gerais*. Belo Horizonte, 30 out. 1945. p. 2. Disponível em: <http://www.almg.-gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=CON&num=1945&comp=&ano=1945&aba=js_textoOriginal#texto>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS (Estado). Constituição do Estado de Minas Gerais, 1947. *Minas Gerais*. Belo Horizonte, 15 jul. 1947. p. 1. Disponível em: <http://www.-almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=CON&num=1947&comp=&ano=1947&aba=js_textoOriginal#texto>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS (Estado). Constituição do Estado de Minas Gerais, 1967. *Minas Gerais*. Belo Horizonte, 13 mai. 1967. p. 1. Disponível em: <http://www.-almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=CON&num=1967&comp=&ano=1967&aba=js_textoOriginal#texto>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS (Estado). Constituição do Estado de Minas Gerais, 1989. *Minas Gerais*. Belo Horizonte, 22 set.. 1989. p. 39. Disponível em: <http://www.-almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=CON&num=1989&comp=&ano-=1989&texto=original#texto>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS (Estado). Constituição Política do Estado de Minas Gerais, 1891. *O Estado de Minas*. Ouro Preto, 25 jun. 1891. p. 1. Disponível em: <http://www.almg.-gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=CON&num=1891&comp=&ano=1891&aba=js_textoOriginal#texto>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS (Estado). Lei Adicional nº5, de 13 de agosto de 1903. Modifica a Constituição do Estado em relação ao Poder Judiciário, ao regime municipal e ao regime eleitoral. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 14 ago. 1903. p. 1. Disponível em:<http://www.almg.gov.-br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEA&num=5&comp=&ano=1903&aba=js_textoOriginal#texto>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS. *História administrativa e judiciária de Minas Gerais* - Organização política do Estado e do Município. Bello Horizonte: Imprensa Official do Estado de Minas Gerais, 1922. 37 p.

MINAS GERAIS. *Tribunal de Justiça. Portaria n°231, de 11 de agosto de 1977*. Belo Horizonte, 1977. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/-po02311977.PDF>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Portaria n°274, de 5 de setembro de 1980*. Belo Horizonte, 1980. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/-po02741980.PDF>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Portaria n°299, de 8 de fevereiro de 1982*. Belo Horizonte, 1982. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/-po02991982.PDF>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Resolução n°12, de 13 de outubro de 1962*. Aprova o Regulamento da Secretaria do Tribunal de Justiça. Belo Horizonte, 1962. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional-/at/pdf/re00121962.PDF>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Resolução n°21, de 9 de novembro de 1965*. Belo Horizonte, 1965. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional-/at/pdf/re00211965.PDF>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Resolução n°27, de 5 de abril de 1967*. Belo Horizonte, 1967. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/-re00271967.PDF>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Resolução n°28, de 8 de maio de 1967*. Belo Horizonte, 1967. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/-re00281967.PDF>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Resolução n°38, de 8 de abril de 1970*. Belo Horizonte, 1970. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/-re00381970.PDF>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Resolução n°45, de 14 de dezembro de 1970*. Belo Horizonte, 1970. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional-/at/pdf/re00451970.PDF>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Resolução n°46, de 29 de dezembro de 1970*. Contém a Organização Judiciária do Estado de Minas Gerais.Belo Horizonte, 1970. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re00461970.PDF>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Resolução n°57, de 27 de março de 1974*. Belo Horizonte, 1974. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf-/re00571974.PDF>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Resolução n°58, de 13 de novembro de 1974*. Dispõe sobre o Quadro Permanente da Secretaria e Serviços Auxiliares do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1974. Disponível em: <http://www.-tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re00581974.PDF>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Resolução n°61, de 8 de dezembro de 1975*. Contém a Organização e a Divisão Judiciária do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1975. Disponível em: <http://www.tjmg.-jus.br/institucional/at/pdf/re00611975.PDF>. Acesso em: 28 mar. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Resolução n°84, de 23 de maio de 1979*. Belo Horizonte, 1979. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/-re00841979.PDF>. Acesso em: 28 mar. 2011.

SALGADO, Graça; Arquivo Nacional (Brasil); Instituto Nacional do Livro. *Fiscais e meirinhos:* a administração do Brasil Colonial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; [Brasília]:, 1985. 452 p.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes*. Belo Horizonte: O Lutador, v. 1, 1981. 352 p.

VAINFAS, Ronaldo. *Dicionário do Brasil colonial: 1500-1808*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000. 599 p.

VAINFAS, Ronaldo. *Dicionário do Brasil colonial: 1822-1889*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002. 749 p.

VAINFAS, Ronaldo. NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das. *Dicionário do Brasil joanino, 1808-1821*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. 474 p.

...

Ficha limpa e o STF*

*Rogério Medeiros Garcia de Lima***

1 Introdução. 2 Papel das Cortes Supremas. 3 Ações do STF e da OAB. 4 O princípio e a regra. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

A Lei "Ficha Limpa" (Lei Complementar nº 135/2010) é importante marco. Originou-se de iniciativa popular e expressa a saturação da sociedade brasileira diante de recorrentes casos de corrupção na vida pública. Esse sentimento se alastra em outras esferas: na Câmara Municipal de Belo Horizonte tramita proposta de lei idêntica, para escolha dos ocupantes de cargos de confiança no âmbito municipal.

2 Papel das Cortes Supremas

O Supremo Tribunal Federal decidiu que a nova lei, promulgada em 04.06.2010, não se aplicava às eleições de outubro daquele ano, porque o art. 16 da Constituição Federal estabelece:

> A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Também constitui importante parâmetro democrático a atuação do STF como árbitro final de importantes questões da vida nacional.
Trata-se de prática secular nos Estados Unidos, onde, por exemplo, a Suprema Corte determinou que os acusados de terrorismo, presos em Guantánamo, devessem ser julgados segundo a Constituição e leis de garantia aplicadas a qualquer cidadão norte-americano. Nem por isso o então presidente George W. Bush, a mídia e a opinião pública execraram o tribunal.

3 Ações do STF e da OAB

É preciso destacar que o STF convalidou a Lei "Ficha Limpa" no que diz respeito à sua validade formal. Ou seja, não reconheceu alegados vícios na tramitação do projeto original.

Inaplicável às eleições de 2010, a lei vigora potencialmente para as eleições futuras, embora existam algumas pendências passíveis de questionamento. Por exemplo, ela se aplica a quem cometeu crimes, abuso de poder ou atos de improbidade administrativa e foi condenado, definitivamente ou por órgão judiciário colegiado, antes de sua vigência? Ou somente àqueles cujas condenações foram impostas após 04.06.2010?

Em louvável iniciativa, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com ação declaratória de constitucionalidade no STF, para que a Corte, com bastante antecedência, afirme a vigência integral da Lei Complementar 135 a partir das eleições de 2012.

4 O princípio e a regra

Sou adepto da eficácia plena da Lei "Ficha Limpa", ao incluir nos seus rigores também aqueles que foram condenados por crimes, abuso de poder ou atos de improbidade administrativa anteriormente a 04.06.2010.

O saudoso jurista mineiro Caio Mário da Silva Pereira salientava ser o Direito um "todo inteiro" (Del Vecchio), complexo sistema de valores. Ora, não resta dúvida de que a moralidade administrativa é dos mais eloquentes valores aclamados pelo povo brasileiro e expressos na Constituição Federal de 1988 (arts. 14, § 9º, e 37, *caput* e § 4º), Lei Federal nº 9.784/99 (art. 2º, parágrafo único) e Constituição do Estado de Minas Gerais (§ 2º do art. 13).

O administrador público não pode colocar seus poderes a serviço de interesses pessoais exclusivos e de conceitos que discrepam de valores morais respeitáveis (TÁCITO, 1999, p. 1-10). Esses valores sociais relevantes são traduzidos juridicamente nos princípios. Cada área do Direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob o seu alcance (BASTOS, 1996, p. 23). Os princípios governam a Constituição, e a governam nos termos absolutos que a legitimidade impõe. Em caso de conflito constitucional, o princípio é superior à regra. O princípio se aplica; a regra, não (BONAVIDES, 1998, p. 22-29).

O princípio da moralidade, sem dúvida, possui força normativa direta. Sua aplicação, no caso da Lei "Ficha Limpa", torna inelegíveis todos os enquadrados nos seus rígidos termos. Não importa que a prática da ilicitude seja anterior à vigência da lei.

---

* Este artigo foi publicado na *Gazeta de São João del-Rei*, edição de 30.04.2011, p. 4.

** Sanjoanense. Desembargador do TJMG. Doutor pela UFMG. Professor universitário.

5 Conclusão

Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos. O primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares. O que se quer atingir é uma correlação coerente entre o *todo da lei* e as *partes* representadas por seus artigos e preceitos, à luz dos objetivos visados (REALE, 1980, p. 285).

Por fim, incomodo-me com a crescente "judicialização" da vida social no Brasil, notadamente no campo da política. A primeira trincheira de combate aos políticos "fichas-sujas" são os partidos políticos, que deveriam recusar suas candidaturas. Falhando os partidos, o dever de rechaçar tais políticos é do cidadão eleitor. Não votar em quem "rouba, mas faz" ou em "palhaços, por serem engraçados". Depois, não adianta xingar os políticos nem o Judiciário.

6 Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Reflexões - política e direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

TÁCITO, Caio. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, nº 218, 1999.

...

Valor mínimo dos prejuízos causados pelo crime (art. 387, IV, do CPP)

José Martinho Nunes Coelho[*]
Rafael Pereira Coelho[**]

Sumário - 1 Introdução. 2 Aspectos controvertidos. 2.1 Objetivos da reforma do CPP. 2.2 Autonomia das esferas cível e criminal - relativização. 2.3 Fixação de ofício do valor mínimo. 2.4 Legitimidade ativa e passiva - Ilegitimidade do Ministério Público. 3 Questões referentes à fixação do valor mínimo. 3.1 Parâmetros para a fixação do valor mínimo. 3.2 Da solidariedade. 3.3 Das condições financeiras do réu. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução

Sem dúvida que a imposição de sanção penal ou de medida de segurança é o principal efeito da condenação.

Há, entretanto, outros efeitos secundários, de natureza penal e extrapenal, previstos pelos arts. 91 e 92, do Código Penal. Dentre estes, é de ressaltar o efeito secundário genérico, de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I, do Código Penal), que sempre foi considerado como efeito automático, isto é, independente de qualquer declaração expressa do ato decisório.

O ordenamento jurídico pátrio sempre prestigiou o sistema da separação ou independência entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil (art. 935, do Código Civil), de forma que, para a obtenção do ressarcimento do dano eventualmente provocado pelo delito, a vítima, seus representantes ou sucessores deveriam promover a competente ação civil, inclusive a de liquidação dos danos.

Com o fim de facilitar o acesso à Justiça, buscando a celeridade na prestação jurisdicional, tendo em vista o disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República, o legislador ordinário editou as Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08, introduzindo modificações significativas no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941), dentre elas a que acrescentou a exigência de que o juiz, na sentença penal condenatória, fixe o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração (art. 387, IV, do Código de Processo Penal).

Não se pretende analisar toda a reforma introduzida pelas Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08. Busca-se realizar um estudo de uma modificação em particular: a do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, mostrando as divergências e controvérsias surgidas, tendo em vista os aspectos referentes à autonomia das esferas cível e criminal; aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório; à disponibilidade do direito ao ressarcimento dos danos; à legitimidade do Ministério Público para requerer a fixação do valor mínimo dos danos; e à possibilidade de se fixar o valor de ofício.

Depois de breve estudo sobre essas questões, adentra-se nas considerações sobre o alcance dos "prejuízos" mencionados pela norma em comento, indicando os parâmetros legais, deixando claro que sentença penal condenatória firma a obrigação de indenizar (art. 91, I, do Código Penal), mas é o *direito civil* que regula e preside as formas de fixação da indenização (arts. 927 a 954 do Código Civil).

2 Aspectos controvertidos

2.1 Objetivos da reforma do CPP

A reforma empreendida pela Lei 11.719/2008 no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, determinando ao juiz, quando da prolação de sentença penal condenatória, a fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, causa discussões, polêmicas, controvérsias, principalmente quanto à relativização da autonomia das esferas cível e criminal, quanto à oportunização do contraditório e da ampla defesa, e quanto à legitimidade do Ministério Público.

As modificações tiveram por escopo instrumentalizar a atividade jurisdicional penal, tornando o processo penal mais célere, com razoável duração dos processos, princípios previstos pelo art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República. Portanto, objetivaram propiciar ao jurisdicionado um processo penal atualizado e em harmonia com os princípios constitucionais.

2.2 Autonomia das esferas cível e criminal - relativização

A regra é a da independência entre a ação penal e a ação civil.

O Código Civil, no seu art. 935, proclama: "A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal".

---

[*] Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal de Belo Horizonte. Pós-graduado em Direito Público e Direito Civil pelo novo Código pela UNIPAC de Ubá. Orientador de aulas práticas de Direito Penal e Processual Penal e de estágio no Curso de Formação Inicial de Juízes Substitutos da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF).
[**] Advogado militante em Ubá/MG.

À primeira vista, parece diferente o sistema implantado pela Lei 11.719/2008, uma vez que o art. 63, do Código de Processo Penal, com o acrescido parágrafo único, dá a impressão de vincular a efetivação da reparação do dano, seja pelo próprio ofendido, ou, quando incapaz, pelo seu representante legal, ou pelos herdeiros, se aquele faleceu, à sentença condenatório transitada em julgado.

Entretanto, a análise de outros dispositivos do mesmo Código de Processo penal leva à conclusão de que assim não é: o art. 66, com a regra categórica de que, a despeito da sentença absolutória (salvo se reconheceu a inexistência material do fato, ou, conforme o art. 65, se proclamou ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito), poderá ser a reparação do dano objeto de ação especial no cível; a do art. 67, salientando não ficar, em absoluto, prejudicada essa ação civil nos casos de não propositura da ação penal, por arquivamento do inquérito ou da peça de informações, nos casos em que for julgada extinta a punibilidade do agente, ou naqueles em que for este absolvido por não constituir crime o fato imputado.

O que se observa é a perfeita correspondência do sistema positivo vigente, devendo-se compreender que, sendo o mesmo ato ilícito, um choque entre as decisões proferidas pelo juízo cível e pelo juízo criminal, apreciando esse mesmo fato, seria um rude golpe para a dignidade do direito, um verdadeiro abalo para a segurança jurídica, com consequências sociais funestas. Por isso, o art. 64, do Código de Processo Penal, embora estabeleça poder a ação para ressarcimento do dano ser movida contra o autor do crime ou contra o responsável civil, independentemente da ação penal, faculta, no seu parágrafo único, ao juiz da ação civil, sobrestar o feito, uma vez promovida a ação penal, até que, nesta, seja dada solução às questões atinentes à apuração do delito e ao reconhecimento dos seus autores.

São preceitos de boa política judiciária, até porque o interesse social prepondera sobre o individual e, também, movimentando-se por iniciativa do poder público, a apreciação do ato ilícito pela justiça criminal é provocada, via de regra, antes de o ser pela civil. Natural, portanto, que o Juízo Criminal se pronuncie sobre o aspecto criminal de um ato ilícito, antes de o fazer o Juízo Cível, quanto às consequências civis.

Induvidoso que a condenação do réu, na ação penal, importa, via de regra, na consequência de arcar ele com a responsabilidade civil de reparar os prejuízos, de indenizar os danos que o seu crime tenha causado à vítima (art. 91, I, do Código Penal).

Com isso, pode-se pleitear, cumulativamente, a reparação dos danos, na ação penal? Até o advento da Lei 11.719/2008, a resposta era negativa, pois a orientação do Código de Processo Penal não autorizava qualquer pronunciamento do juiz criminal sobre a reparação do dano; o seu sistema era o da separação absoluta da ação civil e da ação penal.

Rejeitava-se o instituto ambíguo da constituição de "parte civil" no processo penal, argumentando-se que a obrigação de reparar o dano resultante do crime não é uma consequência de caráter penal, embora se torne certa quando haja sentença condenatória no juízo criminal. Ressaltava-se que a invocada conveniência prática da economia de juízo não compensava o desfavor que acarretaria ao interesse da repressão a interferência de questões de caráter patrimonial no curso do processo penal.

A modificação do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, diminuiu a independência entre as esferas cível e criminal. A possibilidade de o juiz criminal fixar um valor mínimo de indenização cível mescla atividades até então autônomas, isto é, que eram efetivadas por juízos diversos (criminal e cível), em processos autônomos e independentes. Em outras palavras, houve a relativização da autonomia e da independência das instâncias cível e criminal.

2.3 Fixação de ofício do valor mínimo

Instaurou-se controvérsia sobre a possibilidade de o juiz criminal fixar o valor mínimo da indenização civil de ofício.

Não há dúvida de que o art. 387, IV, do Código de Processo Penal, é imperativo, determinando que o juiz "fixará" valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Uma exegese literal do dispositivo legal autoriza a conclusão de que o juiz criminal deverá sempre fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, ao proferir sentença condenatória.

Há quem sustenta que a norma do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, é de direito material, prejudicial ao réu, incabível sua aplicação aos fatos praticados antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719/08 (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0480.07.101512-1/001, Comarca de Patos de Minas, Rel. Des. Herbert Carneiro, j. em 08.09.2010).

Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, comentando as reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito, não tratam claramente da questão, mas sinalizam no sentido de que o juiz deverá fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados, mesmo de ofício:

> Com efeito, pela nova redação do art. 387, em seu inciso IV, cumpre ao juiz, ao condenar o réu, fixar um valor mínimo, em prol do ofendido, para reparação dos danos causados pela infração, considerados os prejuízos sofridos (GOMES; CUNHA; PINTO, 2008, p. 313).

Mais explícito, Andrey Borges de Mendonça enfatiza:

> É relevante notar que a possibilidade de o magistrado criminal fixar o valor mínimo na sentença independe de pedido explícito. E não há violação ao princípio da inércia, segundo pensamos. Isto porque é efeito automático de toda e qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado impor ao réu o dever de indenizar o dano causado. Não é necessário que conste na denúncia ou na queixa tal pedido, pois decorre da própria disposição legal o mencionado efeito. É automático, já dissemos. Ou seja, independentemente de qualquer pedido, no âmbito penal, a sentença penal condenatória será considerada título executivo. O mesmo se aplica em relação ao valor mínimo da indenização: decorre da lei, é automático, sem que seja necessário pedido expresso de quem quer que seja. A única modificação que a reforma introduziu foi transmudar o título executivo, que antes era ilíquido e agora passa a ser líquido, ao menos em parte. E o fez porque há um interesse social de que todos os efeitos do crime sejam apagados, ou ao menos mitigados, especialmente o dano causado à vítima. Justamente neste sentido estão as disposições quanto ao dever de indenizar o dano (MENDONÇA, 2008, p. 240-241).

E o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu:

> Apelação. Crime contra o patrimônio. Roubo duplamente majorado. Emprego de arma e concurso de agentes. Manutenção do decreto condenatório. Prova suficiente. Dosimetria da pena. 1. Manutenção do decreto condenatório. As provas existentes no caderno processual relativas à autoria são suficientes para o julgamento de procedência do pedido condenatório deduzido na denúncia. Reconhecimento pessoal pela vítima na fase inquisitorial e judicial. Relatos de ambas as vítimas firmes e seguros quanto à autoria do crime na pessoa do réu apelante, que praticou a subtração do veículo juntamente com o comparsa armado (co-denunciado), não infirmados pelas declarações prestadas pelas testemunhas arroladas pela defesa, contraditórias entre si e dissonantes da versão apresentada pelo réu na fase policial. 2. Palavra da vítima. Valor probante. Conforme tranquilo entendimento jurisprudencial, a prova testemunhal consistente na palavra da vítima tem suficiente valor probante para o amparo de um decreto condenatório, especialmente quando se trata de delito praticado sem testemunhas presenciais. Os relatos das vítimas, ao se mostrarem seguros e coerentes, merecem ser considerados elementos de convicção de alta importância. 3. Dosimetria da pena. Pena-base. Afastamento de 06 meses justificável pela valoração negativa de dois vetores do artigo 59 do CP. Maus antecedentes. A existência de condenação sem trânsito em julgado relativa a fato anterior ao crime em exame configura maus antecedentes, permitindo a exasperação da pena-base, sem que haja ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Além disso, o fato de ter o agente praticado o delito em questão quando já estava sendo processado criminalmente é circunstância negativa, que deve ser considerada pelo julgador no exame do vetor personalidade, por evidenciar tendência à prática delitiva. Necessidade de maior reprovação do agente (maior reprovabilidade), o que traz como natural consequência o aumento da pena-base. Pena provisória. Mantida em 04 anos e 06 meses, por ausentes agravantes ou atenuantes a operar. Pena definitiva. Redução. Majoração de 2/5 reduzida para 3/8 pela incidência de duas causas de aumento do art. 157, § 2º, do CP, em conformidade com o critério adotado por esta Câmara - proposto pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 42459/SP. Regime semi-aberto. Pena de multa fixada em 20 dias-multa, no valor unitário mínimo. 4. Valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração. Considerando que o fato delituoso objeto desta ação penal ocorreu em data da posterior à entrada em vigor da Lei nº 11.719/08, a fixação de valor mínimo de indenização à lesada, prevista no art. 387, inc. IV, do CPP, é medida imperativa. Isso porque, sobrevindo prejuízo decorrente da infração à vítima e estando este evidenciado nos autos, a aplicação do aludido preceito legal é cogente, não sendo possível o seu afastamento, sob pena de violação do Princípio da Legalidade. E, em se tratando de parte integrante do decreto condenatório, é dever do juiz, ao proferir a sentença, incluir o arbitramento de montante mínimo a título de reparação, sendo despiciendo pedido da acusação. Apelo defensivo parcialmente provido. (Apelação Crime nº 70033033358, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, j. em 30.06.2010).

Também o Eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu que, "por ser norma cogente, não cabe ao juiz deixar de examinar a aplicação da reparação de danos a título de danos materiais, por meio das provas produzidas nos autos" (Apelação Criminal nº 1.0324.09.075785-1/001, Comarca de Itajubá, Rel. Des. Doorgal Andrada, j. de 08.09.2010).

Há, entretanto, vozes divergentes, sustentando que a aplicação de ofício do disposto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, viola os direitos de contraditório e de ampla defesa (art. 5º, LV, da CR), principalmente quando, ao final, sem ouvir as partes, o juiz fixa o valor da reparação dos danos causados pelo delito.

Guilherme de Souza Nucci comenta que:

> Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa (NUCCI, 2009, p. 701).

Os Tribunais, pelos julgados mais recentes, adotam o entendimento de que o juiz não pode, de ofício, fixar o valor mínimo da indenização.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> Apelação criminal. Lesão corporal de natureza grave. Irresignação ministerial. Decote da atenuante da confissão espontânea. Inviabilidade. Afastamento da substituição da pena corporal por sanções alternativas. Necessidade. Crime cometido com violência contra a pessoa. Condenação em verba indenizatória. Impossibilidade. Ofensa aos preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Recurso provido em parte. Voto vencido parcialmente. Não obstante tenha o réu alegado que agiu em legítima defesa, mister reconhecer que suas declarações a respeito da ocorrência de uma briga que ocasionou o episódio das facadas serviram para formar a convicção do magistrado quanto à comprovação da autoria e procedência da condenação. Assim, a atenuante da confissão espontânea não pode ser abatida. Se o crime é cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, desfavoráveis ainda as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, mister o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos operada pela instância primeva. Inadmissível aplicar, na hipótese em comento, a disposição contida no art. 387, IV, do CPP, quando não há, nos autos, qualquer pedido formal de reparação dos danos, pois a condenação direta, nessas situações, subtraindo um debate da matéria ao longo da instrução criminal, enseja violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Verifica-se que o réu é primário e teve sua pena fixada abaixo de 04 anos de reclusão, podendo, dessa forma, cumpri-la em regime aberto, em razão da inteligência do art. 33, § 2º, c, do CP. V.v.p. Fixa-se o valor mínimo de um salário mínimo, como indenização por danos morais, podendo a vítima recorrer à esfera cível para discutir tal valor (Des. Doorgal Andrada) (Apelação Criminal nº 1.0028.03.004946-5/001(1), Rel. Des. Júlio Cézar Guttierrez, j. em 25.08.2010, publ. em 15.09.2010).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não discrepa de tal entendimento:

> Apelação. Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e concurso de agentes. Recurso defensivo visando o afastamento da qualificadora do concurso de pessoas, a incidência da atenuante da confissão espontânea, o arrefecimento do regime prisional imposto e a exclusão da condenação do valor indenizatório. - A qualificadora do concurso de agentes ficou demonstrada pelo registro das imagens do furto em questão, onde aparece o apelante e uma mulher não identificada se aproximando do veículo e, enquanto ele subtrai os bens, ela permanece do lado de fora dando cobertura à ação criminosa. Em seguida, depois de concluída a subtração, ambos se retiram do local. Está plenamente caracterizada a qualificadora do concurso de agentes, visto que provado o liame subjetivo entre o apelante e a mulher que aparece nas imagens, que, em comunhão de ações e desígnios, praticaram o fato e deixaram o local juntos. No plano da dosimetria a sentença merece reparo. O magistrado afirmou ser caso de fixação das reprimendas no mínimo legal, mas acabou fixando-as, injustificadamente, em patamar mais elevado, ou seja, três anos de reclusão e 50 dias-multa. Apelante considerado portador de maus antecedentes de forma indevida, visto que a anotação condenatória existente nos autos não possui informação acerca do seu trânsito em julgado, em desrespeito ao comando da Súmula 444, do STJ. Atenuante da confissão espontânea que deve ser reconhecida. Em juízo, o apelante admitiu ter cometido o crime de furto, e a sentença utilizou a confissão como fundamento para a condenação. O fato de o apelante ter negado a participação de terceira pessoa na ação criminosa não afasta a aplicação da atenuante genérica prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por sanções restritiva de direitos da mesma espécie (duas penas de prestação de serviços à comunidade). Impossibilidade. Substituição por sanções restritivas de direitos que devem ser de espécies diferentes dentre aquelas previstas no art. 43 do Código Penal. A fixação de valor indenizatório também deve ser excluída. Em primeiro lugar, há que se considerar a sentença como incongruente, pois o juiz criminal não pode fixar valor indenizatório sem que haja um pedido. Em segundo lugar, a sentença está produzindo efeitos em relação a terceiro que não integrou a relação processual, não exerceu o direito à jurisdição, não realizando qualquer pedido, e ainda sendo beneficiário de indenização em razão de dano patrimonial sofrido, em verdadeiro afronta ao principio *res inter alios iudicata, aliis nec nocet prodest*. Recurso conhecido e parcialmente provido na forma do voto do Relator (Apelação nº 0189386-32.2009.8.19.0001, Relator Desembargador Gilmar Augusto Teixeira, j. em 28.07.2010).

2.4 Legitimidade ativa e passiva - ilegitimidade do Ministério Público

O Código de Processo Penal é expresso, não só no que diz respeito à legitimação ativa, como no que se relaciona à passiva.

Podem promover a execução da sentença penal no cível: o ofendido, seu representante legal e seus herdeiros.

Ofendido não é apenas o sujeito passivo do crime, mas quem quer que por causa do fato que o constitui sofre dano. Nos crimes plurilesivos, além do sujeito passivo, pode outra pessoa ter sofrido dano, ter sido ofendida. A lei penal coloca-os sob a rubrica do bem jurídico mais importante e considera sujeito passivo o titular daquele bem. Mas nem por isso o fato deixa de ofender, de causar dano a outro. Assim, por exemplo, no crime de concussão (CP, art. 316), bem jurídico é o decoro da administração pública. Sujeito passivo do crime é o Estado, não o particular de quem o dinheiro é extorquido. É inegável, entretanto, que esse também é ofendido, prejudicado.

Se o ofendido é incapaz, é ele representado de acordo com as regras comuns.

Também os herdeiros podem promover a execução da sentença condenatória, e isso não só no caso em que o dano atingiu o patrimônio já existente do ofendido, como também naquele em que o ofendido deixa de existir exatamente no momento em que lhe adviria o dano, isto é, no caso de homicídio.

Se o ofendido é pobre, o Código de Processo Penal, pelo seu art. 68, legitima o Ministério Público para a propositura da execução civil. Entretanto, é de se observar que a legitimidade do Ministério Público só tem cabimento onde a Defensoria Pública não seja efetivamente organizada.

Fernando da Costa Tourinho Filho observa:

> O Estado, aqui, confiou ao Ministério Público a tutela dos interesses das pessoas pobres, daqueles titulares do direito à reparação do dano que, nos termos do art. 32, não puderem prover as despesas do processo sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família. Fê-lo porque procurou dar 'um caráter público à obrigação de reparar o dano *ex delicto*'.
> É verdade que, em face do instituto da justiça gratuita, não haveria necessidade de se incumbir o Ministério Público de semelhante tarefa. O Estado, entretanto, preferiu este, para melhor tutela e resguardo dos interesses da vítima.
> Com o advento da Carta de 1988, criando, no seu art. 134, a Defensoria Pública e lhe incumbindo a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, tudo indica que o Diploma Maior não recepcionou a norma do art. 68 do CPP, salvo nos Estados que ainda não organizaram a Defensoria Pública. Nesse sentido REsp 58.658/MG, *DJU* 11-111996, p. 43.715; REsp 94.070/SP, *DJU* 9.6.1997, p. 25.545. Fala-se, assim, de uma progressiva inconstitucionalidade do art. 68. Explica-se: onde for surgindo a figura do Defensor Público cessará para o Promotor de Justiça aquela atividade que o art. 68 do CPP lhe confere (TOURINHO FILHO, 2009, p. 229-230).

Outro não é o entendimento esposado por Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 182-184).

Eugênio Pacelli de Oliveira sustenta a não recepção do art. 68 pela Constituição da República e ainda critica a decisão do Supremo Tribunal Federal, de uma inconstitucionalidade progressiva:

> Do ponto de vista rigorosamente jurídico, a solução não convence, até porque o que seria progressivo seria a *revogação*, e não a inconstitucionalidade, dado que a norma constitucional é posterior à legal. E também porque toda norma constitucional ostenta eficácia jurídica, consoante se nota na lição de José Afonso da Silva em obra clássica: 'Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação a ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e na ordenação da nova ordem constitucional' (1968, p. 75).
> Como se percebe, porém, a solução da Suprema Corte busca, na verdade e unicamente, a acomodação dos diversos interesses em disputa, revelando-se de ordem eminentemente política - função, aliás, à qual ela não pode, em certa medida, jamais renunciar.
> Compreende-se, pois, a solução, por assim dizer temporária, sem deixarmos de observas as suas inúmeras limitações, no plano da hermenêutica e da aplicação do Direito (OLIVEIRA, 2007, p. 175).

Quanto à legitimação passiva, o que se infere do Código é que a execução da sentença condenatória somente pode ser feita contra o condenado. E isso se compreende, uma vez que ele é que foi parte no processo penal. A responsabilidade civil de terceiros, entretanto, pode ser objeto de ação civil no juízo próprio (CPP, art. 64) e a lei permite também que se peça no juízo civil a inscrição da hipoteca legal e o sequestro de móveis ou imóveis (CPP, art. 143).

Conhecendo-se a legitimação ativa e passiva; sabendo-se que a doutrina e a jurisprudência caminham para a adoção do entendimento de que o juiz não pode fixar o valor mínimo de ofício, porque inadmissível aplicar a disposição contida no art. 387, IV, do CPP, quando não há, nos autos, qualquer pedido formal de reparação dos danos, pois a condenação direta, nessas situações, subtraindo um debate da matéria ao longo da instrução criminal, enseja violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa; entendido que o Ministério Público não tem legitimidade para representar o ofendido onde a Defensoria Pública esteja efetivamente organizada (caso de Minas Gerais); não havendo dúvida de que é na defesa inicial (art. 406 – Procedimento do Júri, e art. 396-A – Juízo Singular) que o acusado, o réu tem a oportunidade de apresentar resposta à denúncia ou à queixa, arguindo toda a matéria de defesa, como preliminares, e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar provas, enfim, é a oportunidade do acusado analisar e rebater tudo que tenha sido alegado e arguido contra a sua pessoa; considerando tudo isso, algumas questões ressurgem, e que não podem ser respondidas aqui, pois exigem análise mais aprofundada, além de que não são objeto deste trabalho. Mas, como o objetivo maior é o de incitar a discussão, colocam-se as perguntas, na esperança de que possam ser melhor analisadas e respondidas em estudos que advierem: a) se o Ministério Público não tem legitimidade para a execução da sentença penal no juízo cível, poderia, entretanto, no processo penal, mais precisamente na denúncia, requerer a fixação do valor mínimo para a reparação do dano causado pelo delito? b) se, ao contrário, se entender que só o ofendido(ou seus representantes ou herdeiros) tem legitimidade para requerer, em que momento, em que fase processual ele poderia exercitar o seu direito? c) no caso de se admitir o requerimento em qualquer fase do processo, antes da sentença, o juiz deverá suspender o processo penal, abrindo um parêntese, oportunizando a defesa do réu e a produção de provas quanto aos prejuízos e suas extensões? d) isto não traria prejuízos à célere prestação jurisdicional, com afronta ao disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República?

São questões que merecem estudo mais acurado. Mas, e apenas para aguçar o debate, ousa-se dizer que a conveniência prática da economia do juízo não compensa o desfavor que acarreta ao interesse da repressão a interferência, no processo-crime, de questões de caráter eminentemente patrimonial; tumultuada restaria a instrução processual criminal, perdendo ainda mais a repressão de sua prontidão e rapidez.

3 Questões referentes à fixação do valor mínimo

3.1 Parâmetros para a fixação do valor mínimo

O art. 387, IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, determina ao

juiz a fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, deixando, entretanto, de traçar os parâmetros que o juiz deve adotar para a fixação.

Não poderia ser diferente. É certo que a sentença penal condenatória firma a obrigação de indenizar (art. 91, I, do Código Penal), mas é no cível que se a exige (art. 63, do Código de Processo Penal), pelo que é o direito civil que regula e preside essas relações (arts. 944 a 954 do Código Civil).

Para haver indenização, é preciso prejuízo patrimonial e/ou moral (arts. 5º, V e X, da CR/88, 186 c/c o 927 do Código Civil, Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça), ou seja, prejuízos que comportem uma reparação pecuniária.

A fixação do valor mínimo deverá ser feita com base nas provas existentes nos autos e que revelem o dano sofrido pelo ofendido, não se descurando que o valor mínimo fixado na sentença deve corresponder ao efetivo dano sofrido, para evitar que o ofendido, além de executar a parte líquida da sentença penal condenatória, tenha que buscar a complementação do valor em procedimento de liquidação junto ao Juízo Cível.

O dano material corresponde às perdas e danos, isto é, "salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar" (art. 402 do Código Civil), sendo que o dano moral compõe-se de valor capaz de indenizar o abalo psíquico, a angústia, o sofrimento do ofendido.

O dano material deve ser fixado de acordo com a extensão do dano (art. 944 do Código Civil) e, repetimos, de acordo com as provas existentes nos autos. Deverá o juiz considerar os danos emergentes, ou seja, o valor efetivamente perdido pelo ofendido, e os lucros cessantes, isto é, o valor que o ofendido deixou de ganhar.

Para a fixação do dano moral, o juiz deve levar em conta o binômio compensação-punição. Deverá o juiz fixar um valor que compense a dor sofrida e que também leve em conta a punição do autor do crime, de sorte a evitar a reiteração da prática daquela conduta. Não pode esquecer, ainda, que a indenização não pode servir de fonte de enriquecimento.

3.2 Da solidariedade

Da leitura do art. 264 do Código Civil, conclui-se que há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor (solidariedade ativa), ou mais de um devedor (solidariedade passiva), cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda. Por sua vez, dispõe o art. 942 do Código Civil, *in fine*, "e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação". De acordo com o Código Civil em vigor, não há dúvida de que, havendo ato ilícito praticado por várias pessoas, todas responderão solidariamente.

O valor mínimo da indenização fixado pela sentença penal condenatória não é uma sanção penal, que enseje a sua individualização. Trata-se de um efeito genérico extrapenal, indicado pelo art. 91, I, do Código Penal. Como tal, está sujeito às regras do Código Civil, não cabendo ao juiz criminal individualizar a cota parte pela qual cada uma ficará responsável, subsistindo a responsabilidade solidária.

3.3 Das condições financeiras do réu

A sentença penal condenatória firma a obrigação de indenizar (art. 91, I, do Código Penal), É o direito civil que regula e preside as formas de fixação da indenização (arts. 927 a 954 do Código Civil). O dano material deve ser fixado de acordo com a extensão do dano (art. 944 do Código Civil), conforme as provas existentes nos autos. Para a fixação do dano moral, o juiz deve levar em conta o binômio compensação-punição. Em termos gerais, portanto, esses são os parâmetros que devem nortear a fixação do valor mínimo da indenização pelos danos causados pela infração; não há que se cogitar das reais condições financeiras do réu, em princípio, até porque não se trata de fixação de sanção penal pecuniária, mas de delimitação de efeito genérico extrapenal, cujos parâmetros são determinados pelo Código Civil.

Mesmo que o réu seja insolvente, pode ser fixado o valor mínimo. Até porque, tratando-se de direito disponível, o ofendido poderá optar por não executar a sentença penal condenatória e, dependendo do caso, promovê-la em momento adequado, quando o condenado tenha melhorado sua situação financeira. De mais a mais, sendo dois ou mais os condenados, poderá a vítima executar só um deles, a teor do que dispõe o art. 275, do Código Civil, *in verbis*:

> Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.
> Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

4 Conclusão

O ordenamento jurídico pátrio sempre prestigiou o sistema da separação ou independência entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil (art. 935, do Código Civil), de forma que, para a obtenção do ressarcimento do dano eventualmente provocado pelo delito, a vítima, seus representantes ou sucessores deveriam promover a competente ação civil, inclusive a de liquidação dos danos.

Com o fim de facilitar o acesso à Justiça, buscando a celeridade na prestação jurisdicional, tendo em vista o disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República, o legislador ordinário editou as Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08, introduzindo modificações significativas no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941), dentre elas a que acrescentou a exigência de que o juiz, na sentença penal condenatória, fixe o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração (art. 387, IV, do Código de Processo Penal).

Não se analisou toda a reforma introduzida pelas Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08. Buscou-se realizar um estudo de uma modificação específica, a do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, feita pela Lei 11.719/08, mostrando as divergências e controvérsias surgidas, tendo em vista os aspectos referentes à autonomia das esferas cível e criminal; aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório; à disponibilidade do direito ao ressarcimento dos danos; à legitimidade do Ministério Público para requerer a fixação do valor mínimo dos danos; e à possibilidade de se fixar o valor de ofício.

Depois de breve estudo sobre essas questões, adentrou-se nas considerações sobre o alcance dos "prejuízos" mencionados pela norma em comento, indicando os parâmetros legais, deixando claro que sentença penal condenatória firma a obrigação de indenizar (art. 91, I, do Código Penal), mas é o direito civil que regula e preside as formas de fixação da indenização (arts. 927 a 954 do Código Civil).

5 Referências

BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de processo penal*. 5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis 11.900, 12.016 e 12.037, de 2099. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal comentado:* acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil:* vol. XIII: Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sangues; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: RT, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Del Rey, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil:* de acordo com a Constituição de 1988. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil:* responsabilidade civil. 16. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 4.

TORNAGUI, Hélio. *Curso de processo penal,* de acordo com a CF/88. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal:* atualizado com as Leis 11.689, 11.690, 11.705 e 11.719 de junho de 2008. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007, v. 1.

...

A presunção de paternidade na inseminação artificial heteróloga

Fausto Bawden de Castro Silva[*]

Sumário: 1 Reprodução assistida. 2 Inseminação artificial: conceito. 2.1 Tipos de inseminação artificial. 2.1.1 Inseminação artificial homóloga. 2.1.2 Inseminação artificial heteróloga. 3 Presunção de paternidade: aspectos relevantes. 4 Inseminação artificial heteróloga consentida. 4.1 Inseminação artificial heteróloga com consentimento expresso. 4.2 Inseminação artificial heteróloga não consentida. 5 Vícios de consentimento. 6 Conclusão. 7 Abstract. 8 Referências.

Resumo: É objetivo do presente trabalho monográfico dissertar acerca da inseminação artificial homóloga e heteróloga, as relações de parentesco no Código Civil e a presunção de paternidade na inseminação artificial heteróloga, de maneira a não esgotar o assunto, mas, de forma sucinta e clara, tudo sob o prisma fundamental da questão, que, inclusive, dá título ao presente artigo.

Palavras-chave: Inseminação artificial. Paternidade. Presunção de paternidade. Inseminação artificial homóloga. Inseminação artificial heteróloga.

1 Reprodução assistida

Antes de adentrar no âmago da questão, necessário se faz tecer algumas palavras acerca das ciências que referenciam a Bioética e o Biodireito. Tanto a Ciência Ética como a Ciência Experimental, seja médica ou biológica, são equidistantes entre si, pelo conteúdo e objeto de estudo. Esta descreve fatos, enquanto aquela, valores e normas sobre as quais se deve proceder de certa maneira.

Embora conciliá-las seja difícil, necessário se faz tal conciliação, pois da Ciência Experimental frequentemente derivam vários problemas éticos, pelos mais variados motivos (sociais, religiosos, meramente morais).

A reprodução assistida, ou inseminação não natural, ainda encontra forte resistência nos meios religiosos e em determinados redutos sociais, os quais abominam dita forma de concepção da vida, por considerarem verdadeira tão somente a reprodução natural. É um ponto de vista como qualquer outro, mas, em prevendo a lei a possibilidade desse tipo de reprodução, bem como o amparo para as consequências de dito ato, resta somente isto de interessante ao presente trabalho, que se lastreia no que prega a lei, sem, contudo, ignorar aspectos sociais e culturais que circundam a questão.

2 Inseminação artificial: conceito

Diversas foram as etapas necessárias para se introduzir a tecnologia da inseminação artificial. Depois de um determinado número de experiências realizadas em animais no séc. XIX, nos anos 30 foram feitas as primeiras experiências utilizando-se seres humanos, estas na Itália (Universidade de Bari). De lá para cá, o procedimento desenvolveu-se em proporções geométricas, alcançando níveis nunca antes imaginados, e, é claro, devidamente tutelado hoje, pela legislação moderna.

A inseminação artificial, também denominada de procriação artificial ou reprodução medicamente assistida, conforme ensina Marques,

> [...] consiste num conjunto de técnicas com as quais é possível a reprodução humana sem o ato sexual. Fala-se em inseminação artificial homóloga quando o material genético pertence ao casal interessado; heteróloga, quando o material genético não provém do casal ou de um dos componentes deste. É utilizada quando o casal possui fertilidade, mas não consegue a fecundação por meio do ato sexual (MARQUES, Alessandro Brandão. *Questões polêmicas decorrentes da doação de gametas na inseminação artificial heteróloga*. Disponível em: <HTTP://jus2.uol.com. br/doutrina/texto.asp?id=4267>. Acesso em: 12 jun. 2006).

Assim, tecnicamente pode se dizer que inseminação artificial é o ato pelo qual se insere sêmen no corpo da mulher por meio de uma transferência feita artificialmente, mediante uma seringa, por via transabdominal, ou por via transvaginal (cateter). Dito procedimento visa superar limites encontrados em homens e mulheres de terem filhos, por infertilidade.

2.1 Tipos de inseminação artificial

Dentre as várias técnicas que se apresentam para promover a inseminação artificial, como a de se transpor os dois gametas (óvulo e sêmen) para o interior do corpo da mulher (transferência dos gametas para dentro das trompas), bem como a Fite (fecundação *in vitro* com transferência de embriões) conhecida como "bebê de proveta", serão utilizadas para fim desta pesquisa a inseminação artificial homóloga e a heteróloga, abaixo delineadas.

2.1.1 Inseminação artificial homóloga

Esta se dá, no processo de inseminação artificial, quando o sêmen é do esposo, ou seja, por motivos vários, esse é cedido pelo esposo para, através de técnicas cirúrgicas, ser implantado no ovário da mulher e, entrando em contanto com os óvulos, venha a gerar o

[*] Juiz de Direito da 1ª Vara de Família de Uberaba. Especialista em Direito Civil pela PUC-MINAS.

embrião, para, então, desenvolver-se até o nascimento, dentro de nove meses, comumente.

A dita inseminação geralmente acontece por problemas do homem em fecundar a mulher (pouca quantidade de esperma - não é infertilidade; o esperma não avança até o encontro dos óvulos, entre outros motivos), ou mesmo por problemas apresentados pela mulher, caso em que, então, é necessária a intervenção cirúrgica.

2.1.2 Inseminação artificial heteróloga

Esta se dá, geralmente, quando há a infertilidade do esposo (pode ser também nos casos de infertilidade da esposa, ou incompatibilidade do sangue provocada pelo Fator Rh), e a inseminação é feita com o sêmen de outro, que não o dele, ou seja, a inseminação artificial será heteróloga quando o espermatozoide ou o óvulo utilizado vier de um doador estranho ao casal: é a denominada doação de gametas.

Veloso, citando Guilherme de Oliveira, diz que esse fez

> [...] interessante observação ao destacar que a tecnologia ocidental encontrou na inseminação heteróloga um meio de resolver o problema da esterilidade do marido sem ofender a tradição da fidelidade judaico-cristã e respeitar a intimidade da família conjugal moderna (VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 152).

A inseminação heteróloga pressupõe, então, a doação de gametas. Tal prática comporta três aspectos essenciais:

a) licitude;

b) gratuidade;

c) anonimato de doadores e receptores.

A gratuidade vem intimamente associada à licitude, pois aquela é requisito-mor para esta, sem a qual a doação estará eivada de ilicitude, visto que não pode haver lucro ou intuito comercial em ditas doações.

Realmente, como bem colocam Oliveira e Borges Júnior,

> [...] a venda de gametas geraria um comércio imoral, calcado na dor das pessoas que não podem ter filhos e certamente representaria outro obstáculo ao tratamento que, pela complexidade das técnicas, normalmente apresenta altos custos (OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JÚNIOR, Edson. *Reprodução assistida:* até onde podemos chegar? São Paulo: Gaia, 2000, p. 33).

Em tal sentido, a CF/88, em seu art. 199, § 4º, prega que:

> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
> [...]
> § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Ainda assim, a Resolução nº 1.358/92 do CFM (Conselho Federal de Medicina) prevê normas éticas aplicáveis à classe médica no que se refere à reprodução assistida, determinando a proibição comercial ou auferir-se lucro com a doação de gametas.

Por fim, é garantido o anonimato dos doadores e receptores, também regulado na respectiva resolução acima citada. Tal medida tem por fim assegurar a inserção total da criança na família dos receptores, evitando-se, assim, eventuais traumas psicológicos, constrangimento aos pais pelo doador, no futuro, e também possíveis chantagens deste contra aqueles.

3 Presunção da paternidade: aspectos relevantes

Tem-se, no presente tópico, a raiz deste trabalho, que, inclusive, figura em seu título: a possibilidade da negação da paternidade, por parte do marido, de filho advindo de fecundação heteróloga na esposa daquele. É um tema deveras delicado, que gera celeumas e que exige bastante reflexão e atenção dos que estão envolvidos na resolução de dita argumentação negatória, quando proposta.

No atual Diploma Civil, foram inseridos três dispositivos no art. 1.597 no que se refere à presunção de paternidade de filhos nascidos por reprodução assistida, sendo que interessa ao trabalho ora proposto o último deles. Dispõe este artigo que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos:

> [...]
> III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
> IV - havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
> *V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido* (grifo nosso).

Pois bem. O que se pode afirmar, de antemão, é que a legislação pátria ainda não se manifestou acerca da possibilidade de se negar a paternidade em casos de filho havido de inseminação heteróloga, ação esta proposta pelo pai/esposo, levando-se a supor que a qualquer momento poderá dito pai socioafetivo vir a contestar tal filiação. Entretanto, não é assim que vem entendendo a jurisprudência.

Outrossim, seria justo sujeitar o filho às indecisões paternas? Esse motivo, entre outros, vem levando os tribunais pátrios a decidirem, tomando por base os casos de adoção, vindo, inclusive, a estabelecer um *status* jurídico para os filhos concebidos de tal reprodução

assistida, para que tenham esses as mesmas garantias dos filhos ditos naturais, principalmente no plano sucessório.

Como se sabe, a presunção de paternidade não tem caráter *juris et de jure* ou absoluta, mas *juris tantum* ou relativa, no que concerne ao pai, o qual pode contestá-la, produzindo prova no sentido contrário da suposta filiação a ele imputada, sendo que tal ação negatória de paternidade é personalíssima, sendo privativa do marido, pois só ele tem legitimidade ativa para propô-la, nos termos exatos do art. 1.601, *caput*, do Código Civil.

Ainda assim, tal contestação não pode ser feita ao bel-prazer do marido, devendo ele, para tanto, mover a competente ação judicial, fazendo prova de uma das previsões legais elencadas em lei - arts. 1.599, 1.600, 1.602 e 1.597, V, *in fine* - quais sejam:

> a) que houve adultério, visto que se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 dias ou mais dos 300 que precederam ao nascimento do filho. P. ex., porque se encontrava: separado judicialmente, não tendo convivido um só dia sob o teto conjugal, hotel ou em casa de terceiro, daí a impossibilidade de ter havido qualquer relação sexual entre eles; ou longe de sua mulher, servindo nas forças armadas, em época de guerra;
> b) que não havia possibilidade de inseminação artificial homóloga, nem de fertilização *in vitro*, visto que não doou sêmen para isso (CC, art. 1.597, III e IV), ou heteróloga, já que não havia dado autorização ou que ela se dera por vício de consentimento (CC, art. 1.597, V);
> c) que se encontrava acometido de doença grave, que impedia as relações sexuais, por ter ocasionado impotência *coeundi* absoluta ou que acarretou impotência *generandi* absoluta (CC, art. 1.599).

Com a entrada em vigor do atual Diploma Civil, não se fala mais em prazo para se contestar a paternidade, pelo fato de que a dicção do art. 1.601 do referido diploma tornou tal ação não passível de prescrição. Entretanto, nos casos de fecundação heteróloga, um cuidado maior deve ser tomando ao arrepio do que foi agora dito, como se verá.

A paternidade jurídica, como se pode claramente notar, é uma imposição presumida da lei, conforme o art. 1.597 e incisos do Código Civil, não sendo relevante o fato de o marido ser ou não o responsável pela gestação, descartando-se, então, a verdade real para atender à necessidade de estabilização social e de proteção ao direito à filiação. Outrossim, fica garantido o direito de se propor a ação de negação de paternidade, em caso de suspeita de que o filho não seja do pai (suposto, no caso da ação). Mas, nos casos de inseminação artificial consentida, a problemática toma outros contornos.

4 Inseminação artificial heteróloga consentida

Por via normal, o casal deverá decidir se deseja ter filhos, e, caso ocorra a opção ou a necessidade de inseminação artificial heteróloga, determina a lei que esta ocorra com a prévia autorização do marido, art. 1.597, V, do Código Civil.

Não estabelece a Lei Civil se o consentimento deve ser expresso (por escrito) ou tácito (verbal). A omissão legislativa traz dúvidas e insegurança. Como deve proceder a esposa para se assegurar de que está praticando um ato com a devida segurança jurídica? Basta a autorização tácita, ou é necessária a autorização expressa?

Como a Lei Civil não exige a autorização expressa, resta claro que basta a autorização tácita ou verbal do marido, pois, se fosse exigida a autorização expressa, deveria isso constar textualmente da parte final do inciso V do art. 1.597 do Código Civil.

A presunção decorrente da autorização tácita ou verbal é relativa ou *juris tantum*, a qual admite prova em contrário e, portanto, autoriza o ajuizamento da ação negatória de paternidade pelo marido, a qualquer momento. Situação que traz intranquilidade e insegurança familiar, pois, a qualquer momento, poderá ser proposta ação negatória de paternidade alegando simplesmente que não deu o consentimento para a inseminação heteróloga.

A questão depende de imediata regulamentação por lei, a fim de se estabelecer a forma e consequências do consentimento do marido para a inseminação artificial heteróloga.

O Projeto de Lei nº 6.960/2002, pretendendo alterar o art. 1.601, propõe a seguinte redação:

> O direito de contestar a relação de filiação é imprescritível e cabe, privativamente, às seguintes pessoas:
> I - ao filho;
> II - àqueles declarados como pai ou mãe no registro de nascimento;
> III - ao pai e à mãe biológicos;
> IV - a quem demonstrar legítimo herdeiro.
> § 1º Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.
> § 2º A relação de filiação oriunda da adoção não poderá ser contestada.
> § 3º O marido não pode contestar a filiação que resultou de inseminação artificial por ele consentida; também não pode contestar a filiação, salvo se provar erro, dolo ou coação, se declarou no registro que era seu o filho que teve com a mulher;
> § 4º a recusa injustificada à realização das provas médico-legais acarreta a presunção da existência da relação de filiação.

Ante a omissão legislativa, em caso de consentimento verbal ou tácito do marido para inseminação artificial heteróloga de sua esposa, será possível a tramitação da ação negatória de paternidade, por se tratar de presunção da paternidade relativa ou *juris tantum*.

4.1 Inseminação artificial heteróloga com consentimento expresso

Uma outra situação pode surgir quando a esposa procede à inseminação artificial heteróloga, mediante o consentimento prévio, expresso ou escrito do marido.

Sendo a autorização expressa ou por escrito, não há de se cogitar, no futuro, que o marido entre com uma negatória de paternidade, pois o consentimento é irretratável, determinando, por conseguinte a filiação. O marido que consinta na inseminação heteróloga não poderá negar a paternidade do filho, pois, conforme ensina Leite (1995, p. 371), "a anuência do mesmo é prova irrefutável de que deseja o filho, e, portanto, não mais milita em seu favor tal recurso".

Segundo Diniz:

> A paternidade então, apesar de não ter componente genético, terá fundamento moral, privilegiando-se a relação socioafetiva. Seria torpe, imoral, injusta e antijurídica a permissão para o marido que, consciente e voluntariamente, tendo consentido com a inseminação artificial com esperma de terceiro, negasse, posteriormente, a paternidade (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de família, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 450-451).

E continua lecionando:

> Por isso, há quem ache, como Holleaux, que tal anuência só será revogável até o momento da inseminação; feita esta, não poderá desconhecer a paternidade do filho de sua esposa. Deveras, como admitir o *veneire* contra *factum proprium*, se indica ato contraditório com o comportamento anterior, contrário à boa-fé, pois ninguém pode alegar, em juízo, a própria malícia? Como bem pondera Zeno Veloso: 'Seria injurídico, injusto, além de imoral e torpe, que o marido pudesse desdizer-se e, por sua vontade, ao seu arbítrio, desfazer um vínculo tão significativo, para o qual aderiu consciente e voluntariamente' (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de Família, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 450-451).

No mesmo sentido, Rodrigo Cunha Pereira em nota ao art. 1.597, V, do Código Civil:

> 4. A autorização prévia do marido (inciso V) para a inseminação heteróloga não é propriamente uma presunção. Trata-se de um 'reconhecimento' e 'consentimento' (PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005).

E mais adiante, em nota ao art. 1.601 do Código Civil (2003, p. 105):

> 2. Há flagrante contradição com o art. 1.597, V, o qual estabelece a possibilidade de paternidade socioafetiva, através da presunção de paternidade por inseminação heteróloga (PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005).

Pelo Enunciado nº 104 do Conselho de Justiça Federal (aprovado nas Jornadas de Direito Civil de 2002), foi definido que:

> No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento.

Pelo Enunciado nº 258 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil:

> Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V do art. 1.579, cuja paternidade configura presunção absoluta.

Na mesma linha de pensamento, alguns autores, como Guilherme C. Nogueira da Gama, entendem que

> o art. 1.597, V, gera presunção *juris et de jure*, assim, não será possível admitir, juridicamente, a impugnação da paternidade para aquele que anuiu no projeto de reprodução assistida heteróloga, observando-se o princípio da paternidade responsável (CF, art. 226, § 7º) (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de família. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 445).

Não seria justo manter a esposa que tomou todas as precauções devidas, obtendo o devido consentimento expresso de seu marido para a inseminação artificial heteróloga, em situação de risco, ou seja, risco de a qualquer momento ter de responder a uma ação negatória de paternidade por parte de seu marido.

Se a lei estabeleceu a presunção relativa através do simples consentimento do marido, em havendo o consentimento expresso, a presunção ganha contorno de presunção absoluta, pois o ato passa a ser verdadeiro reconhecimento e consentimento.

Nessa hipótese, entendo que ocorrerá a presunção *juris et de jure*, ou absoluta da paternidade, e não será possível ao marido ingressar com a ação negatória de paternidade.

4.2 Inseminação artificial heteróloga não consentida

Uma outra situação merece ser avaliada, quando ocorrer a inseminação artificial heteróloga, sem o consentimento ou mesmo sem o conhecimento do marido. Então, como ficaria tal questão? À falta de autorização do marido, expressa ou não, estaria a esposa praticando unilateralmente um ato que pode não corresponder à vontade do marido, atentando, inclusive, contra a moral e honra do marido, pois, não podendo ou não querendo ter filhos, ver-se-ia obrigado a tal situação, sendo forçado a aceitar, como filho, um filho gerado por vontade exclusiva de sua esposa, sem sua anuência ou participação.

Toda decisão relativa à filiação deve ser tomada pelo casal como decisão conjunta, e não de forma isolada de um ou outro cônjuge, cabendo, aí sim, a devida

ação negatória de paternidade, a qual, certamente, obterá sucesso, visto que o marido não pode ser coagido legalmente a ser pai de uma criança contra sua vontade e sem ter autorizado quando do ato da inseminação.

Como visto, melhor seria que o legislador tivesse exigido a autorização expressa do marido para a inseminação artificial heteróloga de sua esposa, o que sem sombra de dúvidas iria evitar conflitos e demandas judiciais que certamente poderão ocorrer.

5 Vícios de consentimento

Como visto anteriormente, o marido que consentiu de forma expressa com a inseminação artificial heteróloga de sua esposa não poderá intentar a ação negatória de paternidade.

Todavia, pode ocorrer que o consentimento expresso do marido tenha sido obtido mediante vício do consentimento, como erro, dolo ou coação, que representam defeito no negócio jurídico, tornando-o passível de anulação.

Adverte Maria Helena Diniz que, uma vez declarada a vontade de reconhecer, o ato passa a ser irretratável ou irrevogável, inclusive se feito em testamento (CC, art. 1.610), por implicar uma confissão de paternidade ou maternidade (*RT* 371/96), apesar de poder vir a ser anulado se inquinado de vício de vontade como erro, coação (*AJ* 97/145) ou se não observar certas formalidades legais (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de família. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 466-467).

Nesses casos, deverá o marido demonstrar que, apesar de ter consentido, de forma expressa, com a inseminação, o consentimento se deu de forma viciada, e deverá ele descrever qual o vício que recaiu sobre o ato e como o mesmo foi praticado, postulando a sua anulação, através da ação anulatória de ato jurídico.

6 Conclusão

O Código Civil de 1916 adotou o sistema de presunção de paternidade onde era considerado pai quem era casado com aquela que gerou o filho. Nesse sistema, que visava preservar a estabilidade da família, a presunção era a regra que se sobrepunha à situação fática, ou seja, não importava quem era o real pai da criança.

O sistema legislativo impedia que se questionasse prole adulterina em face de mulher casada, pois considerava que *pater is este quem nuptiae demonstrant*.

O marido dispunha de prazos exíguos para mover a ação negatória de paternidade, o que, sem sombra de dúvidas, lhe causava enormes prejuízos, muitas vezes irreversíveis, pois, superados os prazos legais para propositura da ação, não mais podia ele contestar a paternidade.

O sistema de presunção de paternidade com prazo exíguo para a ação negatória de paternidade causou inúmeras situações indesejáveis, impondo uma relação fictícia de filiação, somente porque a lei não autorizava o ajuizamento da ação negatória de paternidade após transcorrido o prazo específico. Era a presunção se sobrepondo à situação fática.

A situação se complicou à medida que surgiram os exames laboratoriais que permitiram obter a certeza da paternidade, o que, sem sombra de dúvidas, causou ainda mais insatisfação da sociedade, pois agora o marido passou a ter certeza de que não era o pai daquele filho, mas nada podia fazer.

As lides forenses foram se avolumando, pois se discutia se a lei poderia se sobrepor à paternidade real.

O atual Código Civil, em seu art. 1.601, dispõe que cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Todavia, ao tempo que se privilegiou a paternidade real, o novo Código Civil também trilhou novos caminhos, ao privilegiar a paternidade socioafetiva, que nada mais é do que o estabelecimento de uma situação fática de vinculo de paternidade, o qual se sobrepõe à verdade real da paternidade.

Surgiram, ainda com o novo Código Civil, os filhos havidos por fertilização assistida, através da inseminação artificial homóloga ou inseminação artificial heteróloga, o que foi previsto nos incisos III, IV e V do art. 1.597.

Ante a falta de regulamentação especifica dessa nova modalidade de geração de prole, muitas dúvidas surgirão, e a matéria merece imediata regulamentação.

Como ficará a situação do marido ante o filho havido de inseminação artificial heteróloga de sua esposa? Pode ele propor ação negatória de paternidade?

A resposta é sim. O art. 1.601 do Código Civil estabelece como imprescritível a ação negatória de paternidade por parte do marido; dessa forma, a qualquer momento poderá ele mover a ação negatória de paternidade.

Todavia, tendo o marido consentido expressamente com a inseminação artificial heteróloga de sua esposa, não poderá ajuizar a ação negatória de paternidade, pois praticou ele ato jurídico incompatível com a ação negatória de paternidade.

A presunção da paternidade prevista no art. 1.597, V, do Código Civil, em havendo consentimento expresso, passa a ser *juris et de juri* ou absoluta, não sendo possível o ajuizamento da ação negatória de paternidade.

Nessa hipótese, e tendo a autorização sido emitida mediante algum vício do consentimento, poderá o marido se valer da ação de anulação de ato jurídico, postulando a declaração de nulidade de seu consentimento e consequentemente da paternidade que lhe é atribuída, alegando erro, dolo ou coação.

Essa dissertação não abrange a hipótese de inseminação artificial realizada por casais que vivem em união estável, e também a hipótese de ocorrência de inseminação artificial após a morte do marido ou companheiro, que tenha depositado sêmen em Banco de Sêmen, quando em vida, ante a especificidade destes casos, os quais devem ser discutidos em trabalhos direcionados.

A dissertação sobre o tema ora proposto certamente não ficará adstrita a essas modestas linhas, visto se tratar de questão que gera celeuma e, sobretudo, bastante subjetiva na maioria dos casos, em que, com a absoluta certeza do que agora está sendo dito, cada caso é um caso, servindo um de mero parâmetro para o outro, pois o afeto, o amor e a afeição são individuais e personalíssimos, e deste para com o próximo.

7 *Abstract*

This monograph discusses homologous and heterologous artificial insemination, Kinship within the framework of the Civil Code, and the presumption of paternity in cases of heterologous artificial insemination. The article, as the title suggests, addresses the fundamental inssues in a concise and clear manner.

Key words: Artificial insemination. Paternity. Presumption of paternity. Insemination artificial homologous. Insemination artificial heterologous.

8 Referências

ALMEIDA, Dayse Coelho de. *A desbiologização das relações familiares*. Disponível em: <http://www.uj.-com.br/publicacoes/ doutrinas/default.asp? action=-doutrina&iddoutrina=2016>. Acesso em: 16 jun. 2006.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade*: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

DAIBERT, Jefferson. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de família. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.

DUARTE, Rodrigo Collares. *Desbiologização da paternidade e a falta de afeto*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5845>. Acesso em: 12 jun. 2006.

FACHIN, Luiz Edson. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família*: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 2.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade* - Relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GABRIEL, Sérgio. *Filiação e seus efeitos jurídicos*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2822>. Acesso em: 9 jun. 2006.

LACAN, Jacques. *Complexos familiares*. Tradução de Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES, Alessandro Brandão. *Questões polêmicas decorrentes da doação de gametas na inseminação artificial heteróloga*. Disponível em: <http://jus2.uol.-com.br/doutrina/texto.asp?id=4267>. Acesso em: 12 jun. 2006.

MIRANDA, J. J. Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JÚNIOR, Edson. *Reprodução assistida:* até onde podemos chegar? São Paulo: Gaia, 2000.

PAULILLO, Sérgio Luiz. *A desbiologização das relações familiares*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/ doutrina/texto.asp?id=4228>. Acesso em: 11 jun. 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 4.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Direito de família*: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

RIBEIRO, Simone Clós Cesar. *As inovações constitucionais no direito de família*. Disponível em: <http://jus 2.uol.com.br/doutrina/texto.asp? id=3192>. Acesso em: 7 jun. 2006.

STRAUSS, Claude Levi. *Estruturas elementares do parentesco*. Tradução de Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

...

Reforma do CPP: cautelares, prisão e liberdade provisória*

*Rodrigo Iennaco***

Sumário: 1 Introdução. 2 Da prisão provisória. 2.1 Modalidades. 2.1.1 Flagrante (art. 301 e segs., CPP). 2.1.2 Prisão preventiva (art. 311 e segs., CPP). 2.1.2.1 Prisão (preventiva) na fase de pronúncia (art. 413, CPP). 2.1.2.2 Prisão preventiva como ultima ratio de intervenção cautelar. 2.1.3 Prisão temporária (Lei 7.960/89). 2.1.4 O fim da prisão decorrente de condenação recorrível (arts. 393, I, e 594, CPP). 3 Liberdade provisória. 3.1 Liberdade provisória isolada. 3.2 Liberdade provisória cumulada com medida cautelar. 3.2.1 Arbitramento de fiança pela autoridade policial. 4 Das medidas cautelares. 5 Conclusão.

1 Introdução

Dando sequência à reforma do Código de Processo Penal, foi publicada[1] a Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, oriunda do Projeto de Lei n. 4.208/2001, que altera dispositivos do CPP relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares[2]. Como veremos adiante, ampliou-se a tutela cautelar no processo penal, em cujo contexto figuram a prisão e a liberdade provisórias (com proeminência, mas não com exclusividade).

A *novatio legis* traz regras gerais aplicáveis às cautelares (entre elas a prisão provisória), que serão decretadas com a observância dos seguintes critérios (art. 282): I - *necessidade* para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - *adequação* à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

As medidas cautelares poderão ser aplicadas pelo Juiz isolada ou cumulativamente (art. 282, § 1º): no curso da investigação, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público; no curso da ação penal (§ 2º), de ofício ou a requerimento das partes. A lei oriunda do projeto 4.208/01 prevê, ainda, que o pedido de medida cautelar se submeterá ao contraditório, salvo os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (§ 3º). Reza o § 4º do mesmo dispositivo que, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação ou, em último caso, nos termos do art. 312, parágrafo único, decretar a prisão preventiva. Tal qual na disciplina anterior da prisão provisória, o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. A prisão preventiva será determinada apenas quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar menos gravosa (art. 282, § 6º, e art. 319).

2 Da prisão provisória

Denomina-se *prisão provisória* a prisão de natureza processual, cautelar. É a prisão decretada durante a persecução criminal; não se pode confundir, aqui, a privação provisória da liberdade com a "pena" privativa de liberdade (a prisão como sanção jurídica prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora). A finalidade da prisão provisória, em suas diversas modalidades, é de índole processual, devendo ser examinada, portanto, mediante fundamentos e princípios próprios (fora da teoria da pena, que é aspecto atinente à parte geral do Código Penal).

O Código de Processo Penal, originariamente, adotava a rigidez em matéria de prisão: a regra era a prisão ser mantida; a exceção, a liberdade provisória (instituto afim que será analisado adiante). Com as alterações posteriores, entre elas as decorrentes da CR/88, o sistema passou a adotar a liberdade provisória como regra, admitindo, em caso de excepcional necessidade, a prisão. Essa tendência agora se consolida com a previsão de cautelares alternativas, reservando-se a prisão para casos graves e hipóteses de justificada necessidade e conveniência.

---

* Versão atualizada em 02/06/11. Como citar este artigo: IENNACO, Rodrigo. Reforma do CPP: cautelares, prisão e liberdade provisória. Disponível em: <http://www.direitopenalvirtual.com.br>. Acesso em: 6 maio 2011.

** Promotor de Justiça/MG. Mestre em Ciências Penais/UFMG. Professor convidado da pós-graduação da UFJF.

[1] A lei foi publicada no *DOU* em 05.05.2011.

[2] Vale a advertência de que não se trata do projeto de Novo Código de Processo Penal, mas de um dos projetos da reforma iniciada em 2001 (PL 4.208/01), elaborado no âmbito da comissão constituída pela Portaria n. 61/2000, integrada por Ada Pellegrini, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nizardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Sidney Beneti e Rui Stoco.

Com o advento da Lei n. 12.403/11, temos três modalidades de prisão provisória[3]: flagrante (art. 301 e segs., CPP), preventiva (art. 311 e segs.) e temporária (Lei 7.960/89). Todavia, ainda nos casos previstos fora do título IX do Livro I (art. 413, CPP), aplicam-se as disposições gerais do seu capítulo I, que ganham, assim, realce.

A prisão pode ser cumprida a qualquer momento (dia ou noite), respeitadas as normas atinentes à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CR/88), ou seja, a casa é asilo inviolável, salvo hipóteses de flagrante, desastre, socorro e ordem judicial (durante o dia).

Em caso de ordem judicial (mandado de prisão), se o crime for afiançável[4] torna-se imprescindível a exibição do mandado para o seu cumprimento, conclusão que se extrai do disposto no art. 287 do CPP. Apenas se se tratar de crime inafiançável (exceção), dispensa-se a exibição do mandado, apresentando-se o preso imediatamente à autoridade judicial que tiver expedido o mandado (art. 287, CPP). A teor da nova dicção do art. 299, CPP, seja a infração afiançável ou inafiançável, a captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por *qualquer meio de comunicação*, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta. Para a execução da captura, porém, tratando-se de crime afiançável (regra), permanece a obrigatoriedade de exibição do mandado. Deve-se notar, porém, que tal hipótese contrasta, paradoxalmente, com as hipóteses em que o cumprimento do mandado de prisão se dá em virtude de registro em banco de dados dos órgãos de segurança pública, que não podem olvidar o lançamento no sistema e deixar de promover a prisão daquele em desfavor de quem se acha registrado mandado de prisão "em aberto".

De acordo com a nova redação do art. 282, do CPP, diante de uma prisão em flagrante ou de notícia de crime, para que se escolha, dentre as hipóteses cabíveis (prisão provisória, liberdade provisória e/ou cautelares), qual a tutela cautelar adequada, deve-se obedecer ao seguinte binômio: a) necessidade; b) adequação. Esses critérios, nos termos do art. 282, I e II, CPP, são aplicáveis a todas as modalidades de cautelar (prisão e diversas da prisão) e se materializam na: a) necessidade para aplicação da lei penal; b) necessidade para a investigação ou a instrução criminal; c) necessidade para prevenção da prática de infrações penais; d) adequação à gravidade do crime; e) adequação às circunstâncias do fato; f) adequação às condições pessoais do destinatário da(s) medida(s).

Tais critérios, além de autênticas diretrizes hermenêuticas, têm força normativa, complementando, sistematicamente, a fundamentação dos motivos (art. 312, *caput*, CPP) que autorizam a prisão preventiva ou, na sua ausência, determinam a liberdade provisória do investigado ou acusado (cumulada ou não com outras cautelares diversas da prisão).

2.1 Modalidades

2.1.1 Flagrante (arts. 301 e segs., CPP)

A CR/88 consagra a prisão em flagrante, sem, contudo, explicitar-lhe o conteúdo. O "tipo processual", portanto, é deixado a cargo do legislador infraconstitucional, tendo sido recepcionado o art. 302 do CPP. O elemento temporal é, pois, essencial à configuração do estado de flagrância que autoriza a prisão por qualquer do povo e a determina ao agente público. Verifica-se que os incisos do art. 302 do CPP dilatam, progressivamente, o limite temporal caracterizador do flagrante delito[5].

Se presente a tipicidade processual, ou seja, se a situação de fato se amolda à descrição abstrata da lei processual, a prisão será legal. Caso contrário, será ilegal, independente dos elementos de convencimento coletados por ocasião da confecção do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial. Da mesma forma, se a sequência procedimental prevista no art. 304 do CPP for desrespeitada, a prisão em flagrante também será ilegal (princípio da legalidade das formas).

O art. 307 do CPP autoriza o juiz (autoridade judicial) a lavrar, ele próprio, o auto de prisão em flagrante,

---

[3] Prisão provisória é o gênero que tem como espécies as modalidades aqui expostas. A *prisão decorrente de pronúncia* não consta do rol do art. 283, *caput*, do CPP, mas a admissibilidade positiva da imputação de crime doloso contra a vida continua a reclamar análise da necessidade de prisão, nos moldes do art. 413, do CPP. A *prisão decorrente de condenação recorrível*, até então identificada pela doutrina com uma das modalidades de prisão provisória (e das mais controvertidas, como veremos depois), foi abolida pela lei oriunda do projeto 4.208/2001. Esta mesma lei não faz menção à prisão decorrente de pronúncia; porém, entendemos que a modalidade subsiste, embora a redação do dispositivo que a agasalha (413, CPP) tenha a aproximado, em substância, da disciplina da prisão preventiva. Deve-se observar, também, que "prisão especial", fruto de discussão e proposta de alteração não acolhida na reforma, não é uma modalidade de prisão provisória, mas modalidade *de cumprimento* de prisão provisória. Pode ser entendida, ainda, como sucedâneo da prisão provisória. O Código de Processo Penal, no art. 295 (além de outras leis extravagantes), em dispositivo de duvidosa constitucionalidade, fala em recolhimento "a quartéis ou a prisão especial"; onde não houver prisão especial, deverá ser recolhido no domicílio, conforme dispõe a Lei n. 5.256/67 (prisão provisória domiciliar). O projeto novo também disciplina (capítulo IV do título IX do livro I, CPP) casos de "prisão domiciliar", para hipóteses específicas (art. 318, CPP) em que não cabe liberdade provisória (ou outras cautelares alternativas à prisão), mas a submissão à prisão provisória em condições normais se torna excessivamente gravosa ao preso, que passa, assim, a ficar "preso" em sua própria casa (art. 317, CPP).

[4] Veremos, mais adiante, que o CPP descrevia casos de inafiançabilidade, complementando os casos de inafiançabilidade constitucional. Fora das hipóteses de inafiançabilidade, tínhamos os crimes ditos afiançáveis. Agora, o CPP apenas reproduzirá os casos de inafiançabilidade constitucional, sendo os demais crimes, a *contrario sensu* e via de regra, afiançáveis.

[5] Não é supérfluo frisar que o limite de 24h consolidado na cultura popular não corresponde à apreciação técnica do flagrante.

quando o crime é praticado em sua presença ou contra ele. Em hipótese similar, tratando-se de autoridade policial, sendo praticado na sua presença ou contra ela, esta, após a lavratura do respectivo auto, comunicará a prisão imediatamente ao juiz. É interessante notar que o CPP já exigia tal providência antes mesmo de a CR/88 estabelecer a comunicação da prisão à autoridade judicial para todos os casos de flagrante.

Após a confecção do auto de prisão em flagrante (APF), a autoridade policial deve proferir um despacho, ratificando ou não a voz de prisão dada pelo condutor. Deverá ainda, com especial atenção aos casos de flagrante pela prática de crime previsto na Lei de Drogas (Lei 11.343), fundamentar, circunstanciadamente as razões que o levaram à classificação legal do fato.

Fora os casos de flagrante em que o conduzido se livra solto[6], o conduzido, embora confeccionado o auto de prisão em flagrante, não será recolhido efetivamente à prisão se se tratar de infração que se enquadre nos casos de afiançabilidade - desde que seja da competência da própria autoridade policial o arbitramento da fiança[7].

A apresentação espontânea do autor do ilícito penal à autoridade, antes disciplinada nos arts. 317 e 318 do CPP, foi suprimida pela lei oriunda do projeto 4.208/2001. Ocorre que, mesmo no regramento anterior, a apresentação espontânea não afastava, por si só, a prisão em flagrante. O que normalmente acontece é que, nestes casos, a situação fática não se enquadra no tipo processual do flagrante (art. 302, CPP); o que não impedia, como também agora não impede, além da hipótese de flagrante, a decretação da prisão preventiva (ou a aplicação de outras cautelares), se preenchidos os requisitos para tanto.

Importante notar que o flagrante, na Constituição, tem existência autônoma como cautelar, sendo caso expresso de prisão anterior à condenação. Sua força já se mostrava enfraquecida, no entanto, diante do que previa o parágrafo único do art. 310, do CPP, que determinava ao juiz a concessão de liberdade provisória quando se verificasse, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizavam a prisão preventiva. Ocorre que o flagrante passou a ter função de pré-cautela, sendo suficiente para levar o autuado à prisão, mas não para mantê-lo sob custódia cautelar. É que agora, com a Lei 12.403/11, tal tendência se consolida e se explicita, pois o novo art. 310, do CPP, diz que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, fundamentadamente, converter a prisão em flagrante em preventiva (inciso II, primeira parte), desde que: a) a prisão seja legal (inciso I); b) as medidas cautelares diversas da prisão se revelem inadequadas ou insuficientes (inciso II, parte final); c) o agente não tenha praticado o fato ao amparo das causas de exclusão da ilicitude previstas no art. 23, do CP; d) estejam presentes os requisitos do art. 312 do CPP (incisos II, segunda parte, e III); e) a autoridade policial tenha representado ou o Ministério Público tenha requerido a preventiva. Caso contrário, será concedida liberdade provisória (com ou sem cautelares), quando ausentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP (inciso II, segunda parte, c/c inciso III).

Ou seja, não sendo caso de soltura do acusado, a prisão em flagrante deverá ser convertida em preventiva, consolidando-se a subjugação da força coercitiva do flagrante.

A Lei n. 12.403/11 determina, também, que a prisão de qualquer pessoa (e o lugar onde se encontre) será *imediatamente* comunicada ao Juiz, à pessoa indicada pelo preso e, também, ao Ministério Público. Embora o CPP nada fale sobre a necessidade de remessa de cópia do APF[8] (que será encaminhado, em 24 horas, ao juiz e, eventualmente, à Defensoria Pública) ao Ministério Público, a providência deve[9] ser adotada, para que o titular da ação penal possa, confirmada a legalidade da prisão, conforme o caso, requerer a conversão da prisão em flagrante em preventiva, ou mesmo postular a concessão de liberdade provisória cumulada com outras cautelares (art. 306, caput, e §1°, c/c arts. 310, II, e 311, todos do CPP).

2.1.2 Prisão preventiva (arts. 311 e segs., CPP)

Nos limites estritos do CPP, instrução criminal é o lapso compreendido entre o recebimento da denúncia e o término da oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, na AIJ, independentemente da apresentação de alegações finais, que pode ser feita inclusive por memoriais.

---

[6] De acordo com a redação anterior do art. 321 do CPP, ora revogada pela lei oriunda do projeto 4.208/2001, o conduzido se livrava solto desde que, não reincidente nem vadio, não fosse cominada pena privativa de liberdade à infração praticada ou, ainda que cominada, não excedesse a 03 (três) meses. Acontece que, com a Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais), tais hipóteses já haviam sido abrangidas no procedimento aplicável aos crimes de pequeno potencial ofensivo, em que, via de regra, não se procede à lavratura do flagrante.

[7] Antes, a autoridade policial somente poderia arbitrar a fiança nas hipóteses de infrações apenadas com pena de detenção ou prisão simples. Nos demais casos, apenas a autoridade judicial. Com a nova redação conferida ao art. 322 do CPP, pela Lei 12.403/11, a autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

[8] Convém acrescentar, nesse aspecto, que o art. 10 da Lei Orgânica do Ministério Público da União, cujas normas se aplicam subsidiariamente aos Ministérios Públicos dos Estados (art. 80, LONMP), prevê que: "A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e *cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão*" (grifo nosso).

[9] Art. 10 c/c art. 80, da LOMPU.

Anteriormente, como o art. 311 do CPP falava que a prisão preventiva era cabível em qualquer fase do inquérito policial ou da *instrução criminal*, o seu entendimento era alargado *para os fins da prisão*, passando a compreender todo o processo criminal. Agora, a nova redação do art. 311, conferida pela Lei 12.403/11, consolida tal interpretação, dizendo expressamente que "em qualquer fase da investigação policial *ou do processo penal*, caberá a prisão preventiva. Em qualquer fase da investigação ou do processo, assim, poderá o Ministério Público (ou o querelante ou ainda o assistente) ou a autoridade policial (ouvido, obviamente o Ministério Público) representarem por sua decretação. O juiz poderá decretar a prisão, no caso, inclusive de ofício, limitada tal hipótese, na dicção da novel disciplina, a momento posterior ao recebimento da denúncia (curso da ação penal).

Para que seja validamente decretada, devem-se atender os *requisitos legais* previstos no art. 313 do CPP, agora igualmente renovado: a) crime *doloso* apenado com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos[10]; b) reincidência em crime *doloso*, salvo se, em relação à condenação anterior, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação (art. 64, I, CP); c) crime violento praticado em circunstância doméstica ou familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência; d) caso de dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou ausência de fornecimento de elementos suficientes para esclarecê-la.

Além dos requisitos legais, há necessidade de atendimento dos *pressupostos* (art. 312, *caput*, parte final, CPP): a) prova da existência do crime; b) indícios suficientes de autoria.

Presentes os requisitos, a autoridade judicial deverá demonstrar o atendimento aos *fundamentos* (*motivos*)[11] ensejadores da preventiva (art. 312, *caput*, primeira parte, e art. 312, parágrafo único, CPP): a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica[12]; c) conveniência da instrução criminal[13]; d) asseguramento da aplicação da lei penal[14].

Uma leitura apressada (e isolada) do art. 310, II, do CPP poderia levar à conclusão de que o juiz poderia, ao receber a comunicação do flagrante na fase da investigação criminal, decretar a prisão preventiva (por conversão) de ofício. Porém, inevitável a conjugação do dispositivo com os arts. 282 e 311, 312 e 313.

Nem se argumente que, no caso do art. 310, II, estaríamos diante de *conversão* do flagrante em preventiva, e não de *decretação* da preventiva. Se assim fosse, o juiz poderia converter em preventiva a prisão em flagrante por qualquer crime e independentemente da presença dos requisitos ensejadores da preventiva (isso porque o art. 310 faz referência apenas aos motivos da preventiva), bastando a *inadequação* ou *insuficiência* das medidas cautelares diversas da prisão (art. 310, II, parte final). Tal interpretação não pode prevalecer por razão simples: a lei continua prevendo a hipótese de liberdade provisória nos casos em que não estão presentes as razões que determinam a preventiva (art. 321, CPP). Tal seria, realmente, uma interpretação teratológica, pois, diante de prisão em flagrante, sem análise da pena, de antecedentes, enfim, da necessidade efetiva da medida, o juiz apenas verificaria o cabimento de medida cautelar diversa da prisão. Concluindo negativamente, converteria a prisão em flagrante em preventiva, para, após, conceder a liberdade provisória porque ausentes os requisitos para a decretação da própria prisão preventiva (antes aplicada em "conversão").

A interpretação sistemática dos novos arts. 283, *caput*, 282, e art. 413, todos do CPP conduz à conclusão de que temos: a) prisão preventiva por conversão do flagrante (art. 310, II); b) prisão preventiva autônoma (art. 311, *caput*); c) prisão preventiva decorrente de descumprimento de outras medidas cautelares (art. 312, parágrafo único, e art. 282, § 4º)[15]; d) prisão preventiva na fase da pronúncia (art. 413).

---

[10] Antes, a lei falava em crime doloso apenado com reclusão ou, com detenção, quando se apurasse que o indiciado era vadio, não identificado ou reincidente em crime doloso.

[11] A fundamentação, portanto, é vinculada. O legislador limita o poder geral de cautela do juiz, restringindo as hipóteses de fundamentação jurídica indispensável à legalidade da medida. O juiz, para decretar a prisão preventiva, está adstrito à demonstração de que o fundamento fático contido nos elementos de convicção coligidos no processo corresponde a um dos fundamentos de direito, não podendo ampliar o elenco nem se pautar em conjecturas.

[12] O § 2º do art. 325 pela Lei n. 8.035, de 27.04.1990, previa que, nos casos de prisão em flagrante pela prática de crime contra a economia popular ou de crime de sonegação fiscal não se aplicava a concessão de liberdade provisória por insubsistência dos motivos da preventiva, e trazia uma disciplina peculiar, agora abolida com a reforma encampada pela lei oriunda do projeto 4.208/2001.

[13] Deve-se conjugar, aqui, a expressão "instrução criminal" com o disposto no art. 311, no sentido de que cabe a prisão preventiva para a instrução provisória do inquérito ou probatória do processo.

[14] A lei nova autoriza, também, a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de obrigação imposta por força de outra medida cautelar (art. 282, § 4º, CPP). Cuida-se, aqui, de dispositivo similar ao que já se encontrava previsto para os casos de violência doméstica ou familiar contra a mulher ("antigo" inciso IV do art. 313, CPP, cuja redação foi agora modificada pela lei oriunda do projeto 4.208/2001). Percebe-se, aqui, uma modalidade peculiar de prisão preventiva, que atua como mecanismo de coerção ao cumprimento da cautelar diversa da prisão (ou medida protetiva de urgência), fora das hipóteses elencadas pela lei como requisitos (313) ou motivos (312) da preventiva.

[15] Essa modalidade pode ser decretada sem o preenchimento dos elementos constitutivos do art. 312, CPP, porém apenas quando não for o caso de substituição (ou reforço) da cautelar por outra (expressão "último caso", do art. 282, § 4º).

Concluindo, o juiz não poderá *converter* a prisão em flagrante em prisão preventiva sem manifestação policial ou ministerial a respeito; poderá, no entanto, decretá-la de ofício ao pronunciar o acusado ou, nos demais, se posteriores ao recebimento da denúncia[16]. Se na fase da investigação, apenas por requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial[17]! Tal disciplina, característica do sistema acusatório, é afirmada expressamente nos arts. 282, § 2º e 311, ambos do CPP. Enfim, torna-se medida imprescindível a oitiva prévia do Ministério Público (antecedente necessário a qualquer das providências elencadas no novo art. 310, do CPP), quando não for ele o próprio autor do requerimento de prisão. Dispensa-se a oitiva ministerial apenas nos casos em que a decretação da preventiva se dá após o recebimento da denúncia.

2.1.2.1 Prisão (preventiva) na fase de pronúncia (art. 413, CPP)

Antes disciplinada no art. 408, § 1º, CPP, a técnica utilizada para a prisão em decorrência de pronúncia era a mesma para da prisão decorrente de condenação recorrível (efeito da), de modo que se aplicavam, *mutatis mutandis*, as mesmas críticas.

A Lei n. 11.689/2008 (irmã, por assim dizer, da que ora se comenta) passou a determinar que o juiz, ao pronunciar o acusado (se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação em crime doloso contra a vida), nos termos do art. 413, CPP, arbitre o valor da fiança para a concessão ou manutenção da liberdade provisória (art. 413, § 2º, CPP), se o crime for afiançável, decidindo, em qualquer caso, 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 (art. 413, § 3º, CPP).

Agora, a disposição faz ainda mais sentido, pois o título IX do Livro I cuida "da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória" (art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado). Ao aduzir à necessidade da medida, a prisão decorrente da pronúncia se reveste de indiscutível contorno cautelar, aproximando-se, quanto aos seus fundamentos, da disciplina da prisão preventiva.

Agora, portanto, a interpretação sistemática dos arts. 283, *caput*, (com a redação que lhe conferiu a lei n. 12.403/11), 282 e 413, todos do CPP, conduz à conclusão de que, se não se pode falar na existência da prisão *decorrente* de pronúncia, não há dúvida que temos, aqui, uma subespécie de prisão provisória, no caso, caracterizada por um momento específico e especial de análise da prisão preventiva – situação diversa da prevista no art. 310, II (preventiva por conversão do flagrante) ou, ainda, no art. 311, *caput* (preventiva autônoma).

2.1.2.2 Prisão preventiva como *ultima ratio* de intervenção cautelar

Como visto, a prisão provisória deve ser reservada para os casos em que as outras medidas cautelares, diversas da prisão, não se mostrarem suficientes ou adequadas aos fins de tutela do processo principal, nas dimensões expressas no art. 312, do CPP.

Essa lógica se materializa na apreciação sistemática de vários dispositivos da Lei n. 12.403/11. Da simples leitura do art. 282 se extrai que a prisão provisória será reservada para os casos necessários, desde que as outras medidas não sejam suficientes para a garantia da aplicação da lei, para conveniência da investigação ou da instrução criminal, e para evitar a reiteração criminosa; e desde que a gravidade do crime, as circunstâncias fáticas ou pessoais do indiciado ou acusado não indiquem como mais adequada (aos fins do processo penal) a restrição provisória da liberdade.

O § 4º do art. 282 deixa claro que, ainda em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, será possível substituir a medida ou reforçá-la com a cumulação de outra, sendo decretada a prisão preventiva apenas em "último caso", ou seja, apenas quando necessária a custódia cautelar. A nosso sentir, não há obrigação de substituição ou reforço prévios para, apenas em caso de reiterado descumprimento, decretar-se a prisão. A expressão "último caso" não revela uma ordem crescente de medidas mais graves, senão a exigência de que a prisão somente deve ser decretada se o descumprimento da obrigação previamente decretada como medida cautelar for injustificado e a substituição ou reforço revelarem-se, de plano, também inócuos diante de eventual similitude entre elas. É o próprio art. 282, § 4º, do CPP, que orienta tal her-

[16] Logo, para que o juiz converta o flagrante em preventiva torna-se imprescindível a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público – que sempre será ouvido previamente à decisão, sob pena de nulidade.

[17] Hipótese em que será obrigatória a prévia oitiva do Ministério Público, dada a titularidade da ação penal.

menêutica, ao estipular que a prisão preventiva *também* poderá ser decretada em caso de descumprimento de *qualquer* das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Ou seja, neste último caso, o descumprimento de outra medida cautelar é erigido como motivo de fundamentação da custódia cautelar, com *status* análogo e autônomo em relação aos "tradicionais", alinhados no *caput* do art. 312, CPP.

2.1.3 Prisão temporária (Lei 7.960/89)

A prisão temporária é, efetivamente, dentre as modalidades de prisão provisória, aquela que apresenta menor exigência técnica para viabilizar a prisão, principalmente se confrontada com a prisão preventiva. O instituto, aliás, foi consagrado com esta intenção, mormente para legalizar, ante o advento da CR/88, a famigerada "prisão para averiguações", a prisão fundada num juízo de suspeição para auxiliar na investigação.

Cabe prisão temporária: a) quando imprescindível para a investigação (art. 1º, I); b) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1º, II); c) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação, de autoria ou participação do indiciado em homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão e extorsão mediante sequestro, estupro e atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal com resultado morte, quadrilha ou bando, genocídio em qualquer de suas formas típicas, tráfico de drogas, crimes contra o sistema financeiro (art. 1º, III).

Acontece que, superveniente à nova ordem constitucional, teve, tão logo entrou em vigor, sua constitucionalidade questionada. Para alguns (abolicionistas) que veem a possibilidade de decretação da prisão temporária frente o atendimento de cada item isoladamente (alternativamente), a modalidade seria inconstitucional. Outros (preservacionistas), conjugando os incisos, defendem a interpretação em conformidade com a Constituição Federal. Hoje é o entendimento preponderante na jurisprudência. Assim, prevalece o entendimento de que os incisos do art. 1º da Lei n. 7.960/89 não constituem tipos processuais autônomos. Ou seja, *o requisito previsto no inciso III do art. 1º* da Lei que instituiu a prisão temporária *seria de incidência obrigatória* para a constitucionalidade da medida, atuando cumulativamente com os outros incisos: poderia a prisão temporária ser decretada com fulcro no art. 1º, I e III; art. 1º, II e III; e, obviamente, art. 1º, I, II e III, da Lei 7.960/89.

A prisão temporária pode ser decretada pelo juiz, mediante representação da autoridade policial (ouvindo-se o MP) ou do Ministério Público, pelo prazo de 05 (cinco) dias, prorrogável por igual período (art. 2º, Lei 7.960/89). O prazo da prisão, em se tratando de crime hediondo ou equiparado, é de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período (art. 2º, § 3º, Lei 8.072/90). A prorrogação, em qualquer hipótese, só é admitida em caso de excepcional e comprovada necessidade. A prisão só pode ser executada após sua decretação e correspondente expedição de mandado.

Decorrido o prazo da prisão, se não prorrogada ou decretada a prisão preventiva, deve o preso ser imediatamente colocado em liberdade pela autoridade policial, comunicando-se ao juiz.

2.1.4 O fim da prisão decorrente de condenação recorrível (arts. 393, I, e 594, CPP)

O art. 393, I, do Código de Processo Penal, estabelecia, no sistema original, a prisão como *efeito* da sentença condenatória ("conservado na prisão"). A prisão se mantinha, mas ocorria a mudança do título: a prisão que até então era preventiva (cautelar) se convertia em efeito da sentença; deixava, portanto, de ser preventiva.

A Lei n. 5.941/73 havia alterado o art. 594 do CPP, sem que qualquer modificação ocorresse no dispositivo do art. 393, I. Logo, deviam ser conjugados: o efeito da sentença não ocorreria quando: a) o sujeito se livrasse solto; b) o sujeito fosse reconhecido na sentença primário e de bons antecedentes; c) prestasse fiança[18]. Fundamentalmente, havia essa restrição: não pode recorrer em liberdade, salvo se se reconhece, na sentença, que é primário e possui bons antecedentes. Isso porque o art. 594 previa, na redação conferida pela Lei n. 5.941, de 22.11.1973, que o réu não podia apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se fosse primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livrasse solto. Porém, o dispositivo já havia sido revogado pela Lei nº 11.719, de 2008.

Agora, a Lei n. 12.403/11 revogou o art. 393, sepultando toda a celeuma[19] que havia sobre a natureza

---

[18] A análise da fiança era feita subsidiariamente, no caso do sujeito que não era primário ou não tinha bons antecedentes; primário e de bons antecedentes, então, recorria em liberdade.

[19] Se a prisão era efeito da sentença condenatória, não haveria necessidade de fundamentação: este era o espírito da lei. Com o advento da CR/88, determina-se a fundamentação de todas as decisões, além de se erigir, em sede constitucional, o princípio da presunção de inocência. Controvertiam, a respeito, os doutrinadores pátrios, várias teorias surgindo: a) efeito automático da condenação recorrível (Weber M. Batista); b) medida cautelar obrigatória (Damásio E. de Jesus); c) execução provisória da pena (Afrânio Silva Jardim); d) regra procedimental condicionante da apelação (Júlio F. Mirabete); e) prisão de natureza processual (Rogério Lauria Tucci); f) prisão de natureza cautelar (Tourinho Filho *et al*)."

jurídica e consequente discussão sobre a constitucionalidade da medida, frente ao princípio da presunção de inocência.

E não é só. A nova redação do art. 283, reprisando a aparente impossibilidade constitucional de decretação de prisão como mero efeito decorrente de disposição legal (ninguém será preso senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada do juiz), diz que ninguém poderá ser preso senão em decorrência de sentença penal condenatória transitada em julgado. Estranhamente, a lei parece prever três hipóteses distintas: a) prisão temporária ou prisão preventiva (prisões cautelares); b) prisão em virtude de condenação definitiva (prisão-pena); c) prisão em flagrante ou prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. A última hipótese em confronto com a primeira parece induzir à conclusão de que a pessoa poderia ser presa em virtude de prisão provisória (flagrante, temporária ou preventiva), em virtude de prisão "definitiva" (decorrente de condenação *irrecorrível*) e, ainda, fora desses casos, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Porém, parece contraditória a previsão de outra modalidade de prisão, vale dizer, "por ordem escrita e fundamentada do juiz", além daquelas hipóteses enumeradas pelo próprio dispositivo (prisão provisória e prisão decorrente de condenação irrecorrível)...

3 Liberdade provisória

Tourinho Filho nos apresenta a liberdade provisória como sucedâneo da prisão provisória[20], no sentido de que pressupõe, substituindo-a, uma prisão válida, regular (até então, em flagrante ou resultante de pronúncia ou sentença condenatória recorrível).

É um estado de liberdade limitada, às vezes condicionada, criando vínculos entre o beneficiário e o processo, mediante certas obrigações. Porque condicionada ao adimplemento dessas obrigações assumidas, diz-se liberdade *provisória*, limitada e, pois, revogável por hipótese do descumprimento de tais condições. Por atingir, de maneira severa, a liberdade individual antes de sentença condenatória transitada em julgado[21], deve a prisão provisória ser decretada apenas em casos de absoluta e excepcional necessidade. Fora esses casos, deve-se conceder a liberdade, ainda que limitada, provisória.

3.1 Liberdade provisória isolada

A liberdade provisória pode ser concedida isoladamente, sem cumulação com fiança ou com outras medidas cautelares.

A primeira possibilidade de liberdade provisória (*sem fiança*) diz respeito às hipóteses em que o acusado se livra solto, a teor do art. 321 do CPP, devendo-se conciliar tal dispositivo com o subsistema preconizado pela Lei n. 9.099/95 para o processamento dos crimes de menor potencial ofensivo.

A liberdade provisória pode ainda ser concedida (*sem fiança*) pela atuação de excludentes da ilicitude reconhecidas, de pronto e provisoriamente, no auto de prisão em flagrante, de acordo com o art. 310, parágrafo único, do CPP[22].

Temos, por fim, a liberdade provisória (*sem fiança*) em virtude da inocorrência das hipóteses que fundamentam a decretação da prisão preventiva, situação que vigora desde o advento da Lei n. 6.416/77, em redação conferida ao parágrafo único do art. 310 do CPP, que tornou assistemático o CPP no tratamento conferido à prisão e à fiança, passando a representar a principal modalidade do ponto de vista pragmático. Com o projeto 4.208/2001, a situação não é muito diferente, pois o art. 310, na nova redação, apresenta a prisão preventiva e a liberdade provisória como alternativas excludentes, e o novo art. 321 prevê que, ausentes os requisitos da preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória (que poderá, ou não, vir cumulada com outras medidas cautelares).

É importante frisar que, de acordo com a redação anterior do art. 325, § 2°, do CPP, não se admitia liberdade provisória no caso do art. 310, parágrafo único, nos crimes contra a economia popular ou de sonegação fiscal. Neste caso, só era cabível liberdade provisória nos crimes afiançáveis, e a fiança era arbitrada exclusivamente pela autoridade judicial. Porém, o § 2° do art. 325 foi revogado pela Lei 12.403/11.

Aparentemente, portanto, nada teria mudado, pois a regra continuaria a ser: ausentes os requisitos da preventiva, concede-se liberdade provisória – sem fiança! (art. 321, CPP). De ver-se, porém, que a nova sistemática admite que, ausentes os requisitos da preventiva, seja concedida liberdade provisória – inclusive com cautelares cumuladas (entre elas, a fiança). Desse modo, não

---

[20] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 21. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3, p. 496.

[21] Dispõe o art. 5º, LVII, da CR/88: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

[22] O art. 314 c/c o art. 310, parágrafo único, ambos do CPP prevê que "em nenhum caso" será decretada a prisão preventiva se o juiz verificar, pelo APF, que o sujeito praticou o fato ao amparo de causa excludente da ilicitude (art. 23, CP). De ver-se, porém, que o caso é de cognição cautelar, provisória. Assim, se no curso da investigação ou do processo o panorama probatório se altera, ou se o acusado começa a influir na instrução criminal, ameaçando testemunhas p. ex., a convicção pode ser alterada, justificando a custódia preventiva. O juízo cautelar não é de certeza (definitivo), mas de verossimilhança: juízo provisório de verossimilhança consubstanciado na necessidade excepcional da medida privativa de liberdade. Por isso, nesse caso, a liberdade provisória será concedida mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação (art. 310, parágrafo único, parte final).

há mais espaço para se argumentar em torno maior ou menor gravidade da medida, para concluir-se que a liberdade se daria sem fiança. A lógica da nova disciplina é: a liberdade se dará com ou sem cautelares, dependendo da (in)*adequação* ou (des)*necessidade* da medida(s) eventualmente cumulada(s).

3.2 Liberdade provisória cumulada com medida cautelar

Como visto, estávamos acostumados, até então, a trabalhar com a liberdade provisória *com* ou *sem fiança*, inclusive como decorrência da dicção da rubrica do art. 321, do CPP. De certa forma, o art. 310, III, na redação ora estabelecida pela Lei 12.403/11, parece reproduzir o sistema, sem alterações, ao estabelecer a possibilidade de concessão "de liberdade provisória, com ou sem fiança". Ocorre que, com a lei nova, a fiança é vertida em uma (e apenas uma) das várias possibilidades de cautelar, parecendo-nos, tecnicamente, que seria mais apropriado falar, agora, em *liberdade provisória com ou sem medida cautelar*. É o que se conclui da interpretação sistemática dos arts. 310, II, parte final, e III, 319, § 4º (fiança cumulada com outras medidas cautelares) e 321 (liberdade provisória cumulada com medidas cautelares).

Certo que ainda temos a possibilidade de liberdade provisória *mediante fiança*. Entretanto, na sistemática anterior, tínhamos, além dos casos de *inafiançabilidade constitucional* (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV da CR/88), os *casos materiais inafiançabilidade*, previstos no art. 323, e os *casos instrumentais de inafiançabilidade* no art. 324, ambos do CPP.

De ver-se que, na disciplina pretérita, seriam afiançáveis, pelo critério material (art. 323) os crimes: a) culposos; b) dolosos, desde que não reincidente em crime doloso o acusado; c) punidos com detenção, desde que não vadio o acusado; d) punidos com reclusão, com pena mínima menor ou igual a dois anos, desde que não causem clamor público ou tenham sido cometidos mediante violência ou grave ameaça contra pessoa. Ocorre que, agora, as hipóteses materiais de inafiançabilidade previstas no novo art. 323 são as mesmas da Constituição. Isso quer significar que, em tese, fora os casos de racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos, crimes praticados por grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, todos os crimes, culposos ou dolosos, são afiançáveis, independentemente de serem punidos com pena de reclusão ou detenção, em qualquer limite mínimo ou máximo.

A nova redação do art. 319, VIII, prevê que caberá fiança, disciplinada como medida cautelar diversa da prisão, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial. E mais, sendo cautelar, admite-se o arbitramento de fiança cumulada com outras medidas cautelares (art. 319, § 4º, CPP). Até porque, a teor do novo art. 336, o dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado (ainda que seja extinta a punibilidade pela prescrição depois da sentença condenatória (art. 110, CP).

Permanece a previsão no sentido de que, nos casos de afiançabilidade, pode-se conceder liberdade provisória, nos termos do art. 350 do CPP, dispensando-se o pagamento, se se tratar de preso pobre, desde que se submeta ao cumprimento de determinadas condições.

Quanto às hipóteses instrumentais de inafiançabilidade, o art. 324, em sua nova dicção, veda a fiança: a) aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; b) em caso de prisão civil (por dívida) ou militar; c) quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312), por sua lógica incompatibilidade.

3.2.1 Arbitramento de fiança pela autoridade policial

No regramento anterior à Lei 12.403/11, a autoridade policial somente poderia conceder fiança (art. 322, com redação dada pela Lei 6.416/77) nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples. Nos demais casos, a fiança devia ser requerida ao juiz, para decisão em 48 (quarenta e oito) horas (art. 322, parágrafo único).

Agora, prevê o art. 322, em sua nova redação, que a autoridade policial poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. Nos demais casos, ou seja, quando a pena máxima cominada for superior a 4 (quatro) anos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas (art. 322, parágrafo único).

Note-se que as hipóteses em que a autoridade policial poderá arbitrar fiança são exatamente os casos em que, pelo critério da pena, não se admite prisão preventiva. No entanto, uma leitura apressada do disposto no novo art. 322 levaria à conclusão de que a autoridade policial, em todos os casos em que a pena máxima cominada não seja superior a quatro anos, deveria arbitrar fiança. Ocorre que o art. 322 deve ser interpretado sistematicamente, em sua inevitável conjugação com os arts. 323 e 324. Assim, obviamente, a autoridade policial não pode arbitrar fiança nos casos de flagrante de crime inafiançável (inafiançabilidade material-constitucional, art. 323, CPP).

A autoridade policial não poderá, também, arbitrar

fiança quando presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva (art. 324, IV, CPP), nos seguintes casos: a) reincidência em crime *doloso*, salvo se, em relação à condenação anterior, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação (art. 64, I, CP); b) crime violento praticado em circunstância doméstica ou familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência; c) caso de dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou ausência de fornecimento de elementos suficientes para esclarecê-la[23].

É que, nessas hipóteses, em que a lei admite a prisão preventiva mesmo nos casos em que a pena máxima cominada seja igual ou menor que 4 (quatro) anos, eventual arbitramento da fiança deve se dar pelo Juiz de Direito, ouvido o Ministério Público, por força do que dispõem os arts. 310, II, 319, VIII, 319, § 4º, 322, parágrafo único, e, especialmente, art. 335[24], todos do CPP.

Nos casos em que o arbitramento da fiança couber à autoridade policial, será concedida, sempre, em obediência ao limite de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, cujo pagamento poderá ser dispensado, atenuado[25] ou majorado, somente pelo Juiz de Direito, se assim recomendar a situação econômica do preso, nos termos do inciso I e do § 1º, ambos do art. 325, do CPP.

Situação peculiar ocorrerá quando a autoridade policial arbitrar a fiança e o autuado não efetivar o recolhimento de seu valor. É que, nesse caso, ao receber a comunicação do APFD, o Juiz não poderá converter o flagrante em preventiva (salvo se verificar que se trata de reincidente em crime doloso). Restaria, então, ao magistrado, manter a fiança (concedendo liberdade provisória cumulada com fiança e até outra cautelar) ou conceder liberdade provisória cumulada com outra cautelar (tornando-se desnecessário o recolhimento).

4 Das medidas cautelares

O novo art. 319 traz o rol "das outras medidas cautelares", ampliando significativamente a tutela de urgência no processo penal. A ideia que inspirou o projeto é aplicar, sempre que suficiente e adequado aos seus fins, como alternativa à prisão provisória, outra medida alternativa à prisão provisória. Essas "outras cautelares" (entre elas a fiança), assim, podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa – inclusive vinculadas à liberdade provisória, como condicionantes de sua manutenção. Diz, então, o art. 319, que são medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca[26] quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX – monitoração eletrônica.

Entendemos que o rol é exemplificativo, nada impedindo que o juiz, com base no poder geral de cautela, determine outras medidas, desde que fundadas em critérios análogos aos que informam as hipóteses dos incisos I a IX do art. 319, do CPP, bem como inspiradas, no plano concreto, nas diretrizes gerais do art. 282. Entendimento diverso poderia levar, em alguns casos, à decretação da prisão preventiva prioritária, quando o

---

[23] Nesses casos, em que se admite a prisão preventiva mesmo diante de crime que, pela pena máxima, autorizaria o arbitramento de fiança pela autoridade policial, esta comunicaria a prisão à autoridade judicial e justificaria o não arbitramento da fiança com a representação pela decretação da prisão preventiva (que será derivada, no caso, de conversão do flagrante).

[24] O art. 335 prevê, expressamente, hipótese de recusa da autoridade policial em conceder a fiança, caso em que a autoridade judicial decide em 48 (quarenta e oito) horas sobre o pleito.

[25] Em casos excepcionais, de delitos de pequena gravidade, de evidente pobreza do autuado e dificuldade de submissão do flagrante, imediatamente, à apreciação judicial, entendemos que autoridade policial poderia, fundamentadamente e mediante expressa indicação dos elementos fáticos, atenuar o valor da fiança, cujo arbitramento ficaria, então, aquém de um salário mínimo, *ad referendum* do juiz.

[26] Originalmente, o projeto previa, também, a proibição de ausentar-se do país, que, apesar de suprimida do texto, continua contemplada. Primeiro porque, se o juiz pode estipular, como medida cautelar, a proibição de o indiciado ou acusado ausentar-se da Comarca, também pode valer-se de menor restrição, ou seja, proibição de ausentar-se do estado ou do país. Segundo, porque o próprio art. 320, do CPP, diz que "a proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas".

atual sistema procura reservá-la apenas para as hipóteses em que as outras cautelares se revelem insuficientes ou inadequadas. Podemos identificar, assim, a título exemplificativo, como hipóteses implícitas de medidas cautelares diversas da prisão: a) suspensão de habilitação para condução de veículo automotor, aeronave ou embarcação; b) suspensão de autorização para porte de arma de fogo, ainda que funcional; c) suspensão do licenciamento e impedimento de transferência de veículo automotor; d) bloqueio de bens, direitos ou rendimentos, ainda que provenientes de relação de emprego ou remuneração pelo exercício de função pública, quando se tratar de investigado ou acusado em local incerto e não sabido etc.

Cumpre destacar, por fim, que, nos termos do § 1° do art. 283, não se aplicam as medidas cautelares aos casos infrações para as quais não haja cominação, ainda que alternativa, de pena privativa de liberdade (art. 28 da Lei de Drogas, alguns "crimes" do código eleitoral e algumas contravenções penais). Quer isso significar, para nós, que sempre a liberdade provisória seria cumulada com cautelares, salvo os casos excepcionais indicados no dispositivo mencionado.

5 Conclusão[27]

Sabido que a maioria dos casos de condenação criminal tem pouco efeito prático. O principal instrumento de coerção cautelar e controle social é (ou era) a prisão provisória. Com a lei nova, consolidando-se a subjugação da força coercitiva do flagrante, a sociedade estará menos protegida, pois estão fora da previsão de prisão preventiva (salvo o caso de reincidência em crime doloso) os crimes para os quais a lei não prevê pena de prisão superior a quatro anos, tais como os crimes contra as finanças públicas (incluídos no Código Penal pela Lei n. 10.028/2000), contra a propriedade imaterial e intelectual, contra o privilégio de invenção e as marcas de indústria e comércio, de concorrência desleal e contra a organização do trabalho, além de crimes "graves" contra a administração da justiça, como, por exemplo, coação no curso do processo. O objetivo da reforma é a ampliação das garantias ou o fomento de vagas no sistema prisional?

A lei nova entrará em vigor 60 (sessenta) dias após a sua publicação, ou seja, no dia 04 de julho de 2011.

Referências

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

RICCI, Edoardo. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. *Genesis - Revista de Direito processual civil*, v. 6.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

...

[27] Convém lembrar que o presente texto procura fornecer, apenas, uma visão geral sobre o tema, havendo vários aspectos não analisados, alguns importantes e inovadores, como, por exemplo, a prisão cautelar cumprida em domicílio.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corte Superior

Mandado de segurança - Apelação interposta antes do julgamento dos embargos de declaração - Ausência de ratificação posterior - Prematuridade - Intempestividade - Ausência de esgotamento da instância ordinária - Impetração do *writ* após o trânsito em julgado - Descabimento - Inexistência de ilegalidade, abuso ou teratologia - Denegação da segurança

Ementa: Mandado de segurança. Processual civil. Apelação interposta antes do julgamento dos embargos de declaração. Ausência de ratificação posterior. Prematuridade reconhecida pela maioria no acórdão da 12ª Câmara Cível. Decisão passível de recurso. Impetração do *writ* posterior ao trânsito em julgado do acórdão. Descabimento. Inexistência de ilegalidade, abuso ou teratologia. Segurança denegada.

- Não tendo sido, oportunamente, interposto pelo impetrante recurso contra o acórdão que impugna, transitado em julgado antes da presente impetração, deve ser, objetivamente, denegada a segurança impetrada, nos termos do art. 5º, III, da Lei nº 12.016/09. Ademais, não se admite a impetração do *writ of mandamus* como sucedâneo de recurso cabível, mormente quando se tem como objetivo a reforma de acórdão que não contém vício de irregularidade, é legítimo, não teratológico, proferido por órgão competente, sem manifesto abuso ou ilegalidade, amparado em entendimento que se fundamenta em interpretação do art. 538 do Código de Processo Civil (segundo o qual os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes) majoritariamente acolhida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

- Segundo a jurisprudência, o prazo para interposição do recurso de apelação somente se inicia com a publicação do julgamento dos embargos de declaração, visto que esses possuem natureza integrativa do acórdão anterior. Assim, a apelação que antecede a publicação do resultado dos embargos de declaração opostos contra a sentença é prematura, porquanto aviada antes de encerrada a prestação jurisdicional. Como tal, não deve ser conhecida, se a parte apelante não ratificou os seus termos após a publicação do julgamento dos embargos de declaração.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.10.054450-1/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: Banco Bradesco S.A. - Autoridade coatora: 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Relator: DES. ARMANDO FREIRE

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Carreira Machado, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2011. - *Armando Freire* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARMANDO FREIRE - Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Banco Bradesco S.A. contra ato atribuído à douta 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O referido ato está contido no v. acórdão reproduzido às f. 71/80, por meio do qual não se conheceu da Apelação Cível nº 1.0024.08.192610-7/001, interposta pelo ora impetrante contra sentença proferida em ação de cobrança ajuizada em seu desfavor.

No aludido acórdão, a Turma Julgadora, por maioria, concluiu como sendo inadmissível o recurso de apelação interposto antes da publicação da decisão dos embargos de declaração, visto que não foram reiteradas ou aditadas as razões da apelação.

O impetrante alega, em síntese, que:

. o presente *writ* tem cabimento, visto que tempestivo e não cabe recurso com efeito suspensivo contra o ato judicial ora questionado;

. a apelação que interpôs não foi conhecida pela 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao fundamento de que a sua interposição fora "prematura", visto que a prestação jurisdicional, em primeiro grau, estava ainda incompleta;

. houve violação ao seu direito de ter o seu recurso conhecido, apreciado e julgado;

. a ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição lhe acarretou prejuízo;

. deve prosperar o entendimento divergente manifestado pelo Desembargador Alvimar de Ávila, segundo o qual o não conhecimento do recurso de apelação em razão da inexistência de ratificação do recurso se mostra medida drástica e excessivamente formal;

. os embargos declaratórios opostos pelo autor da ação foram rejeitados, restando mantidos os fundamentos e o dispositivo da sentença, de modo que não havia necessidade de ele, impetrante, ratificar os termos de sua apelação aviada antes do julgamento dos referidos embargos declaratórios;

. não cabe o excesso de formalismo adotado no caso em apreço, não devendo ser aplicada, por analogia, a Súmula nº 418 do STJ, citada no voto do Relator do acórdão impugnado, que não admite o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

Ao final, o impetrante requer a concessão da segurança:

> para determinar a cessação dos efeitos jurídicos do ato coator, extirpando-o da ordem jurídica, vez que editada com violação dos direitos líquido e certo, fundamentais da Impetrante, determinando, outrossim, que o recurso de apelação interposto tenha regular processamento, para ao final do seu mérito apreciado pela C. Câmara Julgadora, autoridade ora coatora, como asseguram as normas incidentes na espécie, nos limites da legalidade.

Em atendimento ao despacho de f. 88/89, a inicial foi emendada à f. 93.

O ilustre Desembargador José Flávio de Almeida prestou as informações de f. 103/105, na condição de Relator da Apelação Cível nº 1.0024.08.192610-7/001 e Relator para o acórdão.

Foi oferecido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o r. parecer de f. 109/116, subscrito pelo ilustre Procurador de Justiça Marco Paulo Cardoso Starling, que opinou pela denegação da segurança.

Estando regular o feito, já tendo sido efetuado o preparo (f. 15), pedi dia para julgamento.

Em síntese, é o relatório.

Passo ao julgamento.

O mandado de segurança, para ser admitido, depende da presença de certos requisitos, quais sejam: "I) inexistência de instrumento recursal idôneo para a necessária defesa do direito lesado ou ameaçado; II) inocorrência de coisa julgada; e III) ocorrência de teratologia na decisão impugnada", conforme registra o ilustre Professor Humberto Theodoro Júnior (*O mandado de segurança segundo a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009*, p. 16).

Inclusive, a utilização do *writ of mandamus* como sucedâneo recursal é vedada pela Súmula 267 do STF, que assim dispõe: "não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".

Atualmente, de acordo com o art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. O mesmo artigo, em seu inciso III, estabelece que não se concederá mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial transitada em julgado.

Cumpre o registro, a propósito, que a ilustre autoridade apontada como coatora informou que os autos da Apelação Cível nº 1.0024.08.192610-7/001 "foram baixados ao juízo de origem". Consoante informações obtidas em consulta junto ao *site* do TJMG ("Andamento Processual"), o acórdão transitou em julgado aos 15.09.2010, após a douta Turma Julgadora não ter conhecido do Agravo nº 1.0024.08.192610-7/002, interposto contra o acórdão ora questionado. O presente *writ* foi impetrado aos 20.09.2010. Portanto, após o trânsito em julgado.

Por conseguinte, deve ser, objetivamente, denegada a segurança impetrada, nos termos do art. 5º, III, da Lei nº 12.016/09.

A denegação da ordem também ocorreria ainda que o acórdão não tivesse transitado em julgado. É que não se pode admitir a impetração do *writ* como sucedâneo de recurso cabível, mesmo que, na prática, não fosse possível lhe atribuir o efeito suspensivo (art. 5º, II, da Lei nº 12.016/09). O acórdão que é contrário ao interesse do impetrante não contém vício de irregularidade, é legítimo, não teratológico, proferido por órgão competente, sem manifesto abuso de poder ou ilegalidade, amparado por entendimento que se fundamenta em interpretação do art. 538 do Código de Processo Civil (segundo o qual os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes) majoritariamente acolhida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Segundo a jurisprudência, o prazo para interposição do recurso de apelação somente se inicia com a publicação do julgamento dos embargos de declaração, já que esses possuem natureza integrativa do acórdão anterior. Assim, a apelação que antecede a publicação do resultado dos embargos de declaração opostos contra a sentença é prematura, porquanto aviada antes de encerrada a prestação jurisdicional. Como tal, não deve ser conhecida, se a parte apelante não ratificou os seus termos após a publicação do julgamento dos embargos de declaração.

Inclusive, esta é a orientação adotada pela douta Procuradoria de Justiça, que, em seu r. parecer de f. 109/116, lembra-nos da possibilidade de aplicação por analogia do enunciado da Súmula nº 418 do STJ: "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação" (*DJe* de 11.03.2010. *RSTJ*, v. 218, p. 686).

Ilustro o presente voto com julgamento da Corte Especial do STJ, que fez parte do Informativo nº 0317 (período: 16 a 20 de abril de 2007) e que indica, inclusive, existência de divergência quanto à matéria processual:

> Intempestividade. REsp. Trata-se de processo remetido da Terceira Turma diante da existência de divergência, no

> âmbito deste Superior Tribunal, quanto à tempestividade do recurso especial interposto na pendência de julgamento de embargos declaratórios opostos pela parte contrária ao acórdão da apelação. Note-se que, no caso, o REsp foi interposto na pendência dos embargos de declaração opostos em fac-símile e registrados bem depois de interposto o REsp. Para o Min. Cesar Asfor Rocha, condutor da tese vencedora, o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal. Explicou, citando precedente de sua relatoria, que a CF/1988, no art. 105, III, prevê o cabimento do recurso especial em causas decididas em última instância e, nos julgamentos de embargos declaratórios, é possível a alteração do julgado pelo reconhecimento de omissão ou erro material ou, ainda, se não houve nenhuma modificação, o acórdão dos aclaratórios passa a integrar o aresto embargado, formando a última decisão prevista na Constituição. Observou que, nos termos do art. 538 do CPC, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes. Assim, ainda que se considere não ser possível antever se a outra parte irá ou não opor embargos de declaração, não se afasta a intempestividade do recurso especial, pois, com a intimação do julgamento dos aclaratórios, tem o embargado a ciência inequívoca da interrupção do prazo recursal. Logo, caberia ao recorrente, nesse prazo recursal, ratificar o recurso especial interposto prematuramente a fim de viabilizar a via eleita. Para o Min. Relator, tese vencida, a exigência de ratificar o recurso especial somente faria sentido quando os embargos de declaração fossem recebidos com alteração do acórdão embargado ou quando fossem opostos os aclaratórios pelo próprio recorrente, do contrário, permanecendo íntegro o aresto, não fazia sentido exigir-se ratificação. De acordo com o voto-vista do Min. Cesar Asfor Rocha, a Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, por maioria, não conheceu do recurso especial. Precedentes citados do STF: AgRg no RE 447.090-SC, *DJ* de 24.6.2005, e AgRg no Ag 601.837-RJ, *DJ* de 24.11.2006; do STJ: REsp 498.845-PB, *DJ* de 13.10.2003; REsp 778.230-DF, *DJ* de 25.4.2006, e REsp 643.825-PB, *DJ* 24.6.2004. REsp 776.265-SC, Rel. originário Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 18.4.2007.

A divergência quanto à matéria processual existe. Inclusive, ela se faz presente no acórdão ora impugnado, em que o voto do Relator (Des. José Flávio de Almeida) foi acompanhado pelo voto do Revisor (Des. Nilo Lacerda), restando vencido o voto do Vogal (Des. Alvimar de Ávila). Nem por isso - aliás, muito menos por isso - o acórdão estaria a representar qualquer abuso ou ilegalidade.

Tais apontamentos reforçam meu pensamento, segundo o qual o impetrante deveria ter impugnado o acórdão reproduzido às f. 71/80 por meio de via recursal própria, cabível na legislação processual, e não por meio da impetração de *mandamus*.

Com efeito, sob a consideração, repito, de que o acórdão não é teratológico ou manifestamente ilegal ou abusivo, não se tratando de hipótese em que a legislação permita o cabimento do mandado de segurança, porque o ato impugnado trata de acórdão transitado em julgado antes da impetração, denego a segurança.

Sem honorários.

Custas, na forma da lei.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - De acordo.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - De acordo.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - De acordo.

DES.ª SELMA MARQUES - De acordo.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo.

DES. RONEY OLIVEIRA - De acordo.

DES. KILDARE CARVALHO - Coloco-me de acordo com o eminente Desembargador Relator, para também denegar a segurança rogada, mesmo porque nesse sentido tem sido meu entendimento em julgamentos perante a 3ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça.

Com efeito, a ausência de liquidez e certeza do direito afirmado pelo impetrante acha-se consubstanciada na aplicação dos preceitos orientadores contidos na Súmula nº 418 do STJ, segundo a qual: "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação".

Nesse contexto, de fato, considera-se intempestivo o recurso de apelação interposto antes da publicação da decisão dos embargos de declaração opostos em face do *decisum* recorrido, salvo se houver reiteração posterior, o que inexistiu *in casu*.

Tal raciocínio se justifica, segundo a Corte Especial, por considerar ainda não estarem esgotadas as instâncias ordinárias. Em outras palavras, ainda não exauriu o juízo monocrático.

Registre-se, a propósito, que o próprio Superior Tribunal de Justiça já havia reconhecido a aplicabilidade de tal entendimento aos tribunais estaduais, como se vê dos julgados a seguir:

> Processual civil. Administrativo. Apelação. Julgamento dos embargos de declaração. Prematuro. Ausência de esgotamento da instância ordinária. Não conhecimento. *Ubi eadem ratio*. Ressalva do ponto de vista do relator. 1. A interposição do recurso de apelação antes do julgamento dos embargos de declaração - sem o posterior aditamento - importa na sua intempestividade, por prematuro, porquanto *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*. 2. É que o Superior Tribunal de Justiça, por meio do seu Órgão Especial, firmou entendimento no sentido de que o recurso especial interpos-

to antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo Tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal. Precedente da Corte Especial: REsp 776265/SC, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, j. em 18.04.2007, *DJ* de 06.08.2007. 3. O recurso de apelação é o recurso por excelência, singularizando-se pelo fato de dirigir-se ao pronunciamento último do juízo e pela sua ampla devolutividade, que investe o tribunal no conhecimento irrestrito da causa, concretizando o dogma do duplo grau de jurisdição (FUX, Luiz, Curso de Direito Processual Civil, 3. ed., 1039). 4. No julgamento dos embargos declaratórios, por sua vez, é possível a alteração do julgado pelo reconhecimento de omissão, contradição, obscuridade ou erro material e, ainda que não haja tal modificação, o acórdão dos aclaratórios passa a integrar a decisão embargada. 5. Ressalva do ponto de vista do relator no sentido de que o interesse recursal nasce com a publicação da decisão, por isso que não há necessidade de o recorrente - que se deu por esclarecido - aguardar o esclarecimento da parte adversa. Ademais, em não havendo modificação da decisão no julgamento dos embargos, desnecessária a reiteração - figura não prevista no Código Processual Civil. Ocorrendo a modificação, o recurso anteriormente interposto estará por prejudicado, caso não interposto outro. 6. Recurso especial provido, com ressalva do relator. (REsp 886.405/PR, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 01.12.2008.)

Processual civil. Recurso especial. Prematuro. Esgotamento da instância ordinária. Não conhecimento. - É prematura a interposição de recurso especial antes do julgamento dos embargos de declaração, momento em que ainda não esgotada a instância ordinária e que se encontra interrompido o lapso recursal. - Recurso especial não conhecido. (REsp 776.265/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* de 06.08.2007.)

Como se vê, o que se examina é a questão atinente ao esgotamento da instância ordinária, razão pela qual a tese se faz perfeitamente aplicável à espécie em comento.

Pelo exposto, acompanho o eminente Desembargador Relator e denego a segurança.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - De acordo.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - De acordo.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo.

DES. MANUEL SARAMAGO - De acordo.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - De acordo.

DES. GERALDO AUGUSTO - De acordo.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - De acordo.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - De acordo.

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - De acordo.

Súmula - DENEGADA A SEGURANÇA.

...

Denúncia - Arts. 41 e 395, CPP - Inépcia - Falta de justa causa para a ação penal - Art. 132 do CP - Ausência de tipicidade - Ocorrência - Art. 28 da Nova Lei de Tóxicos - Posse para consumo pessoal de substância entorpecente - Ausência de lesividade - Não ocorrência - Crime de perigo abstrato - Princípio da insignificância - Aplicação - Impossibilidade - Denúncia parcialmente recebida

Ementa: Processo-crime de competência originária. Promotor de Justiça. Crimes de perigo para a vida e saúde de outrem c/c contravenção de direção perigosa, desobediência e posse para uso de substância entorpecente. Plausibilidade parcial da denúncia. Descrição deficiente quanto ao primeiro delito. Falta de justa causa configurada. Rejeição de parte da acusação. Indícios probatórios. Recebimento parcial da denúncia.

- Verificando-se, por ocasião da instauração da ação penal, a descrição deficiente de determinada conduta imputada ao acusado, impõe-se a rejeição parcial da denúncia, por atipicidade, dada a falta de descrição objetiva de elementares do tipo penal.

- Se os fatos descritos na inicial constituem crime, em tese, ainda que controversos, impõe-se o seu recebimento, para posterior instrução criminal, oportunidade em que as partes poderão provar aquilo que alegam.

AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº 1.0000.10.066585-0/000 - Comarca de Itaúna - Denunciante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, PGJ - Denunciado: R.O.G.S. PG da Comarca de Itaúna - Relator: DES. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Cláudio Costa, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamen-

tos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM RECEBER PARCIALMENTE A DENÚNCIA, POR MAIORIA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2011. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo denunciado, o Dr. Luís Carlos Parreiras Abritta.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Sr. Presidente. Ouvi, com a devida atenção, o pronunciamento feito pelo culto orador da tribuna.

Meu voto é o seguinte:

O Ministério Público estadual, através da Procuradoria-Geral de Justiça, oferece denúncia contra R.O.G.S., Promotor de Justiça da Comarca de Itaúna, imputando-lhe a prática dos crimes previstos nos arts. 330 e 132 do Código Penal e 34 do Decreto-lei nº 3.688/41 (estes, na forma do concurso formal de crimes - art. 70 do Código Penal), e no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343-2006, na forma do concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal).

Segundo relata a inicial, no dia 31.07.2010, por volta das 3h45min, na área central do Município de Itaúna, o denunciado desobedeceu à ordem legal de parada de policiais militares, evadindo-se na condução do seu veículo automotor, em alta velocidade. Apurou-se que o citado veículo transpassou a via férrea sem observar sinalização de parada, chegando, inclusive, a tirar as quatro rodas do chão. Assim agindo, o denunciado dirigiu veículo em via pública, pondo em perigo a segurança viária e as pessoas que passavam pelo local, sejam transeuntes, sejam ocupantes de outros automotores. Consta, ainda, que o denunciado expôs a perigo a vida de sua acompanhante, V.S.S., bem como a vida intrauterina, que esta última carregava em seu ventre, e que teria sido encontrada 0,15g de substância entorpecente no assoalho do seu veículo, para uso pessoal.

O denunciado foi notificado, fazendo-se representar pelo advogado Luis Carlos Parreiras Abritta, que apresentou defesa preliminar às f. 207/224, pleiteando a rejeição da denúncia.

Sustenta, preliminarmente, a impossibilidade de recebimento da proemial acusatória, em face da ausência de justa causa para a ação penal, tendo em vista a atipicidade das condutas narradas. Aduz que a denúncia não descreve o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, pois, embora aponte

> a exposição da vida a perigo iminente e a direção de veículo com perigo à segurança alheia, não aponta a existência de nenhum transeunte, tampouco que o acusado soubesse que estava a acompanhante grávida e nenhum fato concreto que pudesse caracterizar a tipicidade penal ou contravencional mencionada na peça acusatória.

Enfatiza que, "para a configuração da infração suso citada, necessária se verifica a existência de efetivo perigo de dano, visto que contempla uma hipótese de crime de perigo concreto".

No tocante ao delito de desobediência, afirma que inexistiu dolo na conduta do acusado, sendo o fato em questão atípico, alegando que só percebera que estava sendo seguido pela viatura policial na Avenida São João, tendo logo após parado na Rua Serafim Moreira Melo, que fica a poucos metros dali.

Outrossim, cita decisões jurisprudenciais encampando entendimento de que a perseguição por viatura policial afasta a contravenção do art. 34 da Lei de Contravenções Penais e de que a simples presença de passageiros no carro não caracteriza o perigo concreto necessário à configuração da aludida contravenção de direção perigosa de veículo em via pública.

Refuta o denunciado a posse de substância entorpecente, alegando que a suposta presença de 0,15 (quinze centigramas) de referida substância, dada a sua insignificância, não realiza a tipicidade material para o reconhecimento do fato como delito contra a saúde pública.

Por fim, prequestiona, para fins de recursos especial e/ou extraordinário, ofensa aos arts. 395 e 397, ambos do Código de Processo Penal, bem como aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CR/88).

Com efeito, o art. 41 do CPP traça os elementos indispensáveis da denúncia:

> Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

Por outro ângulo, o art. 395 do CPP impõe ao órgão acusatório um não agir, ao determinar a rejeição da denúncia quando manifestamente inepta ou quando faltar justa causa para o exercício da ação penal. É inepta a denúncia que não descreve o conteúdo da imputação, impedindo a exata compreensão da amplitude da acusação; falta justa causa para a ação penal quando a inicial não estiver embasada em prova da materialidade e indícios da autoria.

A exigência de a denúncia criminal conter a pormenorizada conduta do acusado consagra princípios constitucionais que regem o devido processo penal, o de que a formulação de uma acusação por parte do Estado deve ser precisa e juridicamente apta e de proteção do direito que dispõe o acusado à mais ampla defesa.

Por oportuno, transcreve-se a jurisprudência do colendo STJ, acolhendo amplamente a tese da exigência da descrição pormenorizada da conduta do agente,

como prerrogativa do direito ao devido processo legal e amplitude da defesa:

> Processo penal. *Habeas corpus*. Lavagem de dinheiro. Corrupção ativa. Falsificação. Quadrilha. Denúncia. Inépcia formal. Narrativa dos fatos. Caráter lacônico. Ampla defesa. Violação. Reconhecimento. 1. A perfeita descrição do comportamento irrogado na denúncia é pressuposto para o exercício da ampla defesa. Do contrário, a peça lacônica causa perplexidade, prejudicando tanto o posicionamento pessoal do réu em juízo como a atuação do defensor técnico. *In casu*, a inserção do paciente no universo acusatório sem se lhe atribuir, de modo claro, qual teria sido sua contribuição efetiva para a prática dos crimes de lavagem de dinheiro, corrupção ativa, falsificação e quadrilha tinge de ilegal a persecução penal. Tendo a denúncia listado vinte e dois documentos falsificados e a imputação restrita a doze, tem-se prejuízo para a defesa, dada a ausência de individualização do objeto da imputação. 2. Ordem concedida para anular a ação penal em relação ao paciente, sem prejuízo de oferecimento de nova denúncia, com a devida explicitação de seu comportamento tido como delitivo. (*HC* 76098/MG - Rel.ª Ministra Maria Thereza de Assis Moura - Sexta Turma - *DJ* de 06.04.2010).

Também faltará justa causa para a ação penal quando o fato for evidentemente atípico, impondo-se a rejeição da denúncia.

Confira-se o comentário de Guilherme de Souza Nucci, in *Código Processual comentado*, p. 710:

> Pode-se constatar não haver tipicidade em dois momentos distintos. Quando o fato não se encaixa em qualquer tipo penal abstrato, desde o princípio, trata-se de impossibilidade jurídica do pedido. Entretanto, quando, em tese, o fato se amolda à lei penal, possibilitando o início da ação penal, para, então, constatar-se, durante a instrução, que é atípico (por exemplo, por erro de tipo escusável), profere-se uma decisão de mérito, absolvendo-se o réu (art. 386, III, CPP).

Cumpre esclarecer que foram quatro as infrações articuladas na denúncia, a saber, de desobediência, de perigo para a vida e a saúde de outrem, de direção perigosa e de posse para uso de substância entorpecente. Das infrações narradas, duas são imputadas ao acusado em concurso formal - a primeira, tendo como base a suposta conduta ilícita de dirigir veículo em via pública, expondo a perigo a segurança alheia, prevista como contravenção penal (art. 34 da Lei de Contravenções Penais); e a segunda, consistente na exposição a perigo da vida de outrem, no caso a acompanhante do denunciado, e equivale ao delito previsto no art. 132 do Código Penal.

Em relação à conduta abrangida pelo art. 34 da LCP, há indícios de que o investigado dirigia o veículo em alta velocidade com manobras perigosas para transeuntes e outros motoristas, criando hipoteticamente uma situação de perigo concreto para a segurança alheia, o que demanda dilação probatória para uma melhor avaliação.

Noutro norte, o art. 132 do CP tipifica como crime a conduta de "expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente". Trata-se de crime que estabelece a necessidade de ocorrência de situação de risco em potencial voltado para determinada pessoa. Portanto, é delito de perigo concreto, imprescindível a produção do risco, para que haja adequação da conduta ao tipo penal.

Sobre o tema, leciona a abalizada doutrina:

> A conduta do sujeito exige, para configurar este delito, a inserção de uma vítima certa numa situação de risco real - e não presumido -, experimentando uma circunstância muito próxima ao dano [...]. Ora, o que se busca coibir, exigindo o perigo concreto, e a exposição da vida ou da saúde de alguém a um risco de dano determinado, palpável e iminente, ou seja, que está para acontecer'. (in NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal comentado*, p. 429).

In casu, apesar de a denúncia relatar que o acusado dirigia temerariamente o veículo, não observando sinalizações de trânsito local, não vinculou a conduta desenvolvida pelo denunciado a um perigo concreto (direto e iminente) para a vida e saúde da vítima, tais como albaroamento, capotamento, cruzamento de linha férrea com risco de colisão, etc.

Como cediço, em sede de juízo preliminar de recebimento da denúncia, deve ser examinada a tipicidade da conduta praticada pelo agente e, neste caso, entendo que a mesma não restou configurada, sendo caso de atipicidade, por absoluta ausência de descrição do elemento objetivo do tipo, qual seja, o perigo direto e iminente ínsito à conduta descrita na norma penal incriminadora.

Nota-se, quanto aos demais fatos imputados ao investigado, que a denúncia ora analisada preenche os requisitos do art. 41 do CPP. Basta uma breve leitura para se verificar que a inicial descreve fatos que, em tese, configuram os delitos descritos na regra penal típica, propiciando ao investigado condições para pleno exercício do direito de defesa.

A propósito, confira-se:

> Não é inepta a denúncia que descreve fatos que, em tese, apresentam a feição de crime e oferece condições penais para o exercício da defesa. Nos crimes de autoria coletiva, a doutrina e a jurisprudência pretoriana têm admitido que, na peça de acusação, sejam os fatos narrados sem a particularização da conduta de cada agente, remetendo-se para a instrução criminal a decantação de cada ação criminosa (STJ, R*HC*; *RT* 739/555).

Ademais, somente há de ser acolhida a alegação de falta de justa causa para a ação penal, quando evidente a atipicidade da conduta, ou quando se verificar, de início, a não participação do indiciado no evento dito delituoso, o que não ocorre no presente caso, pois o que se percebe é que as condutas relatadas na denúncia não

são atípicas, nem tampouco logrou a defesa demonstrar a impossibilidade da autoria atribuída ao denunciado.

Por outro lado, inaceitável a tese defensiva de atipicidade do delito de uso de drogas sob a alegação de ausência de lesividade.

A experiência tem demonstrado que a conduta de trazer consigo determinada substância entorpecente coloca em risco a saúde pública e inquieta a sociedade em face da difusão das drogas.

A potencialidade lesiva de quem porta droga, ainda que para seu uso próprio, sempre justifica a incriminação da posse, devendo ser lembrado que o crime é de perigo abstrato e que o bem jurídico tutelado é a saúde pública.

Ressalto que, mesmo nos casos de posse de substância entorpecente para consumo próprio, a inaplicabilidade do mencionado princípio seria flagrante, porque, do contrário, o julgador estaria revogando, arbitrariamente, o art. 28 da Lei 11.343/06. Não se pode desconhecer que a razão da existência desse tipo penal está exatamente na proibição de alguém trazer consigo pequenas quantidades de substâncias tóxicas para consumo pessoal. É claro que o usuário, na grande maioria das vezes, traz consigo ínfimas porções, adquiridas, quase sempre, nos conhecidos pontos de venda de drogas.

Diante de tais considerações, entendo que é impossível a aplicação ao caso em tela do princípio da insignificância.

No mais, as alegações do denunciado de que não agira com dolo, bem como a tese da negativa de autoria, não estão a obstar o recebimento da denúncia, dependendo de análise de prova a ser produzida no decorrer da instrução criminal.

Impõe-se, assim, dar início à ação penal, para que, em seu curso, possam ser melhor analisados e sopesados os elementos de prova coletados e a serem produzidos. Nesse sentido, menciona-se o seguinte precedente desta egrégia Corte coadunável ao caso *sub judice*:

> Processo de competência originária. Licitação. Ilegalidade. Ausência de dolo. Necessidade de produção de provas. Recebimento da denúncia. Juízo positivo de probabilidade. 1. A denúncia está formalmente perfeita, tendo sido atendidos os pressupostos elencados no art. 41 do Código de Processo Penal, estando presentes as condições da ação, bem como os pressupostos processuais, razão pela qual não há que se falar em não recebimento. 2. Havendo dúvida acerca da existência de crime doloso, ou, não havendo elemento concreto e provado até o momento da atipicidade dos fatos narrados, a denúncia deve ser recebida no exercício de um juízo positivo de probabilidade. 3. As teses deduzidas na defesa preliminar dependem da produção de outras provas, não viabilizando a rejeição da denúncia. (PCO nº 1.0000.07.467097-7/000(1). Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho - *DJ* de 05.08.2008).

Ante o exposto, rejeito a denúncia por inobservância do disposto nos arts. 41 e 395 do CPP, quanto ao crime descrito no art. 132 do CP, recebendo-a em relação às imputações de prática dos crimes previstos nos arts. 330 do CP, 34 do Decreto-lei nº 3.688/41 e art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Recebida, em parte, a denúncia, determino, desde logo, a conclusão dos autos para os ulteriores termos do processo.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Sr. Presidente. Também registro que ouvi, com atenção, a sustentação oral feita da tribuna e, quanto à questão em julgamento, ponho-me inteiramente de acordo com o eminente Relator, recebendo parcialmente a denúncia.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Sr. Presidente. Também registrando a oitiva da manifestação da tribuna e pedindo vênia ao eminente Relator, subscrevo integralmente o judicioso voto de Sua Excelência.

DES. MAURÍCIO BARROS - De acordo com o Relator.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - De acordo com o Relator.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - De acordo com o Relator.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo com o Relator.

DES. ALMEIDA MELO - Sr. Presidente. Recebo a denúncia, sem ressalva, uma vez que, pelos elementos constantes dela, há presença, realmente, dos fatos delituosos, crimes formais, inclusive.

No caso de Promotor, insignificância não é possível para efeito de porte de ilícito; dele deve ser exigido, tanto quanto de nós, rigorosa conduta, porque entendo que, no curso da ação penal, é que irá apurar se o excesso de velocidade, com o acompanhamento da polícia, era por decisão própria de correr ou de fugir da polícia, ou seja, uma das duas - ou excesso de velocidade voluntário ou fuga intencional da perseguição policial.

Em todo caso, creio que os elementos típicos existem, os indícios fortes de autoria, os riscos evidentes e, portanto, para melhor exploração no curso da ação, recebo integralmente a denúncia.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Sr. Presidente. Rogando vênia ao eminente Des. Almeida Melo, que recebe integralmente a denúncia, subscrevo as razões do eminente Relator, como ele assinala que não houve risco direto e

iminente a qualquer pessoa, e que a ausência desse elemento descaracterizaria o fato ou o efeito da denúncia.

Consequentemente, rejeito, parcialmente, a denúncia, em relação ao art. 132 do Código Penal, recebendo-a com as demais imputações que forem dirigidas ao denunciado.

Com o Relator.

DES. SILAS VIEIRA - Sr. Presidente. Registro que dei a devida atenção à sustentação oral.

Acompanho o eminente Relator, uma vez que os fatos noticiados nos autos descrevem a prática de crimes, em tese, os quais merecem ser analisados e sopesados, devendo, portanto, ser recebida a denúncia, com relação aos crimes previstos no art. 330 do Código Penal, Decreto-lei nº 3.688/41 e art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

É como voto.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Sr. Presidente. Estou a divergir do eminente Relator, porque quero crer que estejam presentes os elementos da tipicidade necessários ao crime previsto no art. 132 do Código Penal.

Na verdade, a inicial revela que o indigitado acusado se pôs em fuga em altíssima velocidade, atravessando via férrea e, sendo percebido pela viatura da Polícia Militar, e no *habitat* de seu veículo, uma pessoa, sendo que, em relato, também nos autos, um veículo atravessou uma via férrea, em altíssima velocidade, ficando com as quatro rodas no ar. Acredito, com todas as vênias, que esteja presente esse perigo, porque era evidente esse risco de um capotamento.

Creio que seria muito melhor, até mesmo para o acusado, que a denúncia fosse recebida em sua totalidade, para que ele possa produzir a prova que venha descaracterizar a tipicidade penal.

Data venia, recebo a denúncia na totalidade.

DES. AUDEBERT DELAGE - De acordo com o ilustre Relator.

DES. MANUEL SARAMAGO - Sr. Presidente. Estive atento à sustentação oral e acompanho parcialmente o voto do eminente Relator, decotando, também, da denúncia o crime de tóxico.

Assim, acompanho o Relator, exceto no que diz respeito ao crime de tóxico, de que também não recebo a denúncia, porque entendo que não ficou, realmente, caracterizada a tipicidade descrita.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Sr. Presidente. A direção perigosa constitui crime de mera conduta, de tal sorte que não há que se dosar perigo da direção em caso vital, bastando a conduta temerária do agente ao volante.

Em sede de recepção de denúncia criminosa, não há que se falar ainda em fato probatório e, muito menos, em formação de culpa, razão pela qual despiciendo qualquer joeiramento de prova para aferir eventual prática desse delito narrado na peça delatora.

O interesse estatal na apuração de eventuais ilícitos penais há de preponderar sempre sobre eventual dúvida sobre os articulados da denúncia, uma vez que essa será objeto de longa dilação probatória, e sem olvidar que a apuração de delito com eventual apontamento de materialidade e autoria constitui poder e dever do Estado, do qual não pode declinar.

Assim sendo, com esses despretensiosos e objetivos adminículos, admito a denúncia em sua totalidade.

É como voto, *data venia*.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Sr. Presidente. Sr. Procurador-Geral de Justiça Adjunto, Dr. Luís Carlos Parreiras Abritta, advogado do denunciado, a quem ouvi, com atenção, quando falou da tribuna.

Peço vênia às divergências para acompanhar integralmente o eminente Relator.

DES. MOREIRA DINIZ - Sr. Presidente. Para mim e, repito, não sou versado em Direito Processual Penal, é difícil entender como seria possível reconhecer a possibilidade de justificar a instauração de ação penal de uma contravenção penal que, em razão da maneira como conduzia o veículo, o ilustre cidadão estaria colocando em risco a segurança de pessoas, circunstantes, transeuntes e não se reconhecer que, por essa mesma conduta, não estivesse ele, em tese, praticando o crime do art. 132 do Código Penal, colocando em risco a saúde e a vida da passageira do seu veículo, mesmo porque é muito mais grave essa segunda situação e a potencialidade de ocorrência de um acidente, porque não há potencialidade e risco. O risco, neste caso, é concreto.

A potencialidade de ocorrência de um acidente é absolutamente quase que total, porque o cidadão desenvolve uma velocidade excessiva aparentemente para se furtar a uma perseguição policial, avança sinais de parada, atravessa a linha férrea sem os devidos cuidados, é claro que, aparentemente, ele estava pondo em risco alguém que ali pudesse estar circulando a pé ou em outra viatura ou até dentro de casa, porque o seu veículo poderia perder o controle e entrar em alguma residência ou em algum outro estabelecimento comercial como, diuturnamente, vemos nos noticiários policiais de nosso País, mas, quando ele desenvolve essa velocidade, pratica tantas infrações de trânsito, de violação de cautelas e de obrigação de parada, ele está, concretamente, colocando em risco a vida da passageira do seu veículo, porque, se coincidisse a sua travessia da linha férrea com a passagem de uma composição ferroviária, hoje,

provavelmente, não estaríamos, aqui, decidindo se recebemos ou não a denúncia. Todos teriam ido a um velório ou a dois velórios.

Então, a conduta motivadora das imputações de contravenção penal e de crime é a mesma. É a maneira como o veículo é dirigido. Não precisaria nem identificar pessoas que estivessem na rua, porque podia ter uma pessoa dentro de casa e um veículo perder o controle e entrar dentro daquela casa e atropelar aquela pessoa ou alguém que estivesse na esquina ou acabado de cruzar a rua e desaparecido no escuro e não ser identificada, mas o risco existia. Era, em tese, risco, como disse o Des. Paulo Cézar Dias, em seu voto, mas o art. 132 não é tese, é *in concreto*, porque a maneira como o veículo foi conduzido e com uma passageira dentro, a situação, se comprovada na ação penal, consumou-se e se exauriu, porque é colocar em risco a saúde e a vida de alguém, ou seja, dessa passageira.

Então, não me passa como tranquila essa ideia de que uma coisa seja uma coisa e que a outra coisa seja outra coisa. Recebo integralmente a denúncia, para que os fatos sejam apurados, mesmo porque isso não envolve situação comum. Não é um cidadão comum. É um Promotor de Justiça, que, como nós, magistrados, tem a obrigação de conhecer melhor do que ninguém a lei e as consequências da quebra da lei. Assim como devemos ser rigorosos sem sermos injustos com magistrado, também devemos sê-lo com os promotores de justiça, não porque sejam promotores de justiça e não sejam da nossa classe, mas, porque, aos olhos da sociedade, nós, juízes, e os membros do Ministério Público, estamos no mesmo foco e na mesma luminosidade.

Recebo integralmente a denúncia.

DES. DUARTE DE PAULA - Sr. Presidente. Com a devida vênia do ilustre Relator, também verifico que a denúncia contém elemento objetivo de expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente, descreve a situação de risco e o potencial contra os ocupantes do veículo e tais fatos, em tese, apresentam a feição de uma conduta delitiva e oferecem à defesa a oportunidade do mais amplo exercício do contraditório e também da defesa.

Ademais, estamos na fase de recebimento de denúncia, em que o princípio que rege a espécie é *in dubio pro societatis*, motivo pelo qual, pedindo respeitosa vênia ao ilustre Relator e a quem o acompanha, recebo a denúncia integralmente.

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Sr. Presidente. Com a devida vênia do eminente Relator, acompanho a divergência, subscrevendo os votos dos Desembargadores Dárcio Lopardi Mendes e Moreira Diniz, recebendo integralmente a denúncia oferecida contra Rodrigo Otávio Gonçalves e Silva, Promotor de Justiça da Comarca de Itaúna, em que lhe é imputada a prática dos crimes previstos no art. 330 do Código Penal, nos arts. 132 do Código Penal e 34 do Decreto-lei nº 3.688/41, estes, em concurso formal, e no art. 28, *caput*, da Lei 11.343/2006, em concurso material.

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - Sr. Presidente. Ouvi, com atenção, a sustentação oral feita da tribuna pelo ilustre Promotor de Justiça.

Pedindo vênia ao eminente Relator, adiro aos votos que me antecederam, no sentido de receber integralmente a denúncia, como faço nesse momento.

DES. VIEIRA DE BRITO - Sr. Presidente. Ouvi, também, com atenção, a sustentação oral produzida.

Entendo que os fatos narrados na denúncia constituem, em tese, crimes e que poderão ser melhor esclarecidos durante a instrução criminal através do devido contraditório.

Então, também, recebo totalmente a denúncia.

Súmula - RECEBERAM PARCIALMENTE A DENÚNCIA, POR MAIORIA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

. . .

Cartório extrajudicial - Tabelionato de notas - Designação interina - Precariedade do ato - Inexistência do direito do designado à permanência no serviço - Delegação outorgada a candidato aprovado em concurso público - Desistência do habilitado na primeira posição - Lei Estadual nº 12.919/98 - Arts. 8º, § 4º, e 23, § 5º - Inteligência frente ao art. 19 da Lei Federal nº 8.935/94 - Princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade

Ementa: Mandado de segurança. Serventia extrajudicial. Tabelionato de notas. Designação interina. Precariedade do ato. Inexistência de direito do designado à permanência no serviço. Delegação outorgada a candidato aprovado em concurso público. Desistência do habilitado na primeira posição. Interpretação das normas estaduais.

- O mandado de segurança se destina à proteção de direito líquido e certo comprovado de plano.

- A designação interina para responder por serventia extrajudicial não autoriza a manutenção do designado

quando efetivada a outorga da delegação a candidato aprovado em concurso público de provas e títulos.

- As regras do art. 8º, § 4º, e do art. 23, § 5º, da Lei Estadual nº 12.919/98, na interpretação literal de que com a desistência do primeiro candidato habilitado se encerra a validade do certame de ingresso e de remoção nos serviços notariais e de registro, não servem à finalidade do processo seletivo, ao mérito, aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da economicidade e colidem com a norma federal específica dos concursos públicos das serventias (art. 19 da Lei Federal nº 8.935/94).

Denegada a segurança.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.10.070753-8/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: J.A.F. - Autoridades coatoras: Desembargador Presidente da Comissão Examinadora do Concurso Público dos Notários e Registradores, Governador do Estado de Minas Gerais - Litisconsortes: Estado de Minas Gerais, E.W.P. - Relator: DES. ALMEIDA MELO

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Cláudio Costa, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2011. - *Almeida Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo Estado de Minas Gerais e pela autoridade coatora, respectivamente, a Drª Heloísa Saraiva de Abreu e Dr. José da Silva Baracho.

DES. ALMEIDA MELO - J.A.F. impetrou este mandado de segurança contra ato atribuído ao Governador do Estado de Minas Gerais e ao Desembargador Presidente da Comissão Examinadora do Concurso Público de Remoção para Delegação dos Serviços de Tabelionato e de Registro, consistente na delegação do serviço do 2º Tabelionato de Notas da Comarca de Timóteo a E.W.P.

O impetrante relata que foi nomeado interinamente para responder pelo 2º Tabelionato de Notas de Timóteo; que, por força do Edital nº 002/2005, a delegação para serventia vaga foi incluída no concurso destinado à remoção, no qual obteve a primeira posição classificatória a candidata C.M.R.B., que, após receber a outorga, não iniciou seu exercício por desistência; que, em razão desse fato, permaneceu respondendo pela serventia, mas, em 20.10.2010, foi outorgada a delegação a E.W.P., que obteve a segunda posição no concurso e assumiu os serviços do tabelionato em 16.11.2010. Alega que o ato impugnado contraria o disposto nos arts. 8º, § 4º, e 23 da Lei Estadual nº 12.919/98 e no Edital nº 002/2005 do concurso. Sustenta que, conforme as normas mencionadas, não ocorrendo a investidura ou o exercício nos prazos estipulados, a delegação fica sem efeito, devendo ser realizado novo concurso. Aduz que, em detrimento de sua defesa, não lhe foi assegurada participação no procedimento administrativo de que resultou a delegação ao litisconsorte passivo e a cessação de sua atuação interina. Pede a anulação do ato de delegação dos serviços do Cartório do 2º Ofício de Notas de Timóteo ao litisconsorte passivo e a manutenção de sua designação como tabelião interino.

Na decisão de f. 84/88-TJ indeferi o pedido de liminar.

O litisconsorte passivo E.W.P. se manifestou às f. 105/111-TJ.

O Governador do Estado de Minas Gerais prestou informações às f. 148/155-TJ, nas quais sustenta a falta de interesse de agir e de direito líquido e certo do impetrante, que desde 10.07.2007 não se mantém no exercício interino das funções de tabelião. No mérito, diz que o ato impugnado apenas deu cumprimento às normas que regem a delegação dos serviços de tabelionato e registros públicos.

O Desembargador Segundo Vice-Presidente deste Tribunal de Justiça, nas informações de f. 156/161-TJ, esclarece que não era necessária a abertura de novo concurso público diante da desistência de assunção da serventia pela candidata que obteve a primeira posição na ordem de classificação; que, por força da solicitação de remoção do litisconsorte passivo, que foi classificado em segundo lugar no certame, o pedido foi deferido, com fundamento nos reiterados julgados deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a interpretação dos arts. 8º, § 4º, e 23, § 5º, da Lei Estadual nº 12.919/98. Salienta que, verificado o interesse do segundo colocado no concurso em assumir a serventia e tendo ele preenchido os requisitos legalmente exigidos, não seria justificável a instauração de outro concurso público, em obséquio dos princípios da razoabilidade e da eficiência. Ressalta, ainda, que o impetrante não foi convocado para participar do procedimento administrativo referente à delegação dos serviços ao litisconsorte passivo, uma vez que não se inscreveu no concurso regido pelo Edital nº 002/2005 e exercia as funções de tabelião interinamente.

Destaco, inicialmente, que as preliminares suscitadas nas informações de f. 148/155-TJ se confundem

com as questões de mérito, com as quais serão resolvidas.

O mandado de segurança se destina à proteção de direito líquido e certo comprovado de plano.

Extrai-se dos autos que o impetrante foi designado para responder pelo Cartório do 2º Ofício de Notas de Timóteo e que impugna, nestes autos, a delegação dos serviços ao litisconsorte passivo E.W.P., o qual foi aprovado no concurso público de remoção e classificado na 2ª posição.

A delegação ao litisconsorte passivo decorreu da não assunção dos serviços pela candidata C.M.R.B., que foi classificada no certame na 1ª posição (f. 28 e 30-TJ).

A Portaria nº 31, de 10 de agosto de 2004, do Juiz de Direito Diretor do Foro da Comarca de Timóteo (f. 24-TJ), evidencia que a designação do impetrante para responder pelo Cartório do 2º Ofício de Notas ocorreu em caráter interino e precário.

Após a delegação efetivada a C.M.R.B., em 10 de julho de 2007 (f. 28-TJ), o ato de designação precária do impetrante cessou seus efeitos.

Embora a referida candidata não tenha assumido os serviços do tabelionato, conforme o comunicado trasladado à f. 30-TJ, a continuidade do impetrante na serventia não transmudou em permanente a natureza precária de sua designação.

A nomeação interina não autoriza a manutenção do designado na função quando efetivada a outorga permanente com o objetivo de cumprimento da lei, por força de prévia aprovação em concurso público.

Visto que se trata de designação provisória, não subsistem os argumentos do impetrante referentes à sua manutenção na serventia e à necessidade de sua participação no procedimento administrativo conducente à delegação conferida ao litisconsorte passivo E.W.P.

O litisconsorte passivo, conforme os documentos de f. 138/140-TJ, assumiu regularmente o exercício da titularidade do tabelionato, uma vez que lhe foi concedida prorrogação do respectivo prazo pela Juíza de Direito Diretora do Foro da Comarca de Timóteo, nos termos do § 3º do art. 23 da Lei Estadual nº 12.919/98.

Relativamente à invocação das regras do art. 8º, § 4º, e do art. 23, §§ 3º e 5º, da Lei Estadual nº 12.919/98, entendo que o concurso precisa ter a maior utilidade juridicamente possível, ou seja, quando há candidato aprovado, a abertura de novo processo seletivo é uma demasia que não atende ao propósito e ao comando constitucional de que o provimento de serventia se faça, exclusivamente, por concurso, sendo certo que o provimento precário deve ocorrer apenas por tempo necessário à delegação definitiva.

A aplicação das regras mencionadas pelo impetrante seria razoável apenas quando inexistente mais de um candidato aprovado no concurso e apto ao recebimento da delegação ou, quando existentes vários candidatos habilitados, não se tenha efetivado a posse ou o exercício dentro dos prazos marcados, para que se compatibilizem as situações com as normas do art. 37, IV, da Constituição Federal e do art. 21, §§ 3º e 4º, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 1.0000.00.336412-9/000, observei que o art. 8º, § 4º, da Lei nº 12.919, de 1998, do Estado de Minas Gerais, fixa o termo final da validade do concurso público para o provimento de serventias extrajudiciais com a expedição do ato de delegação ao candidato classificado.

Registrei que se trata de precipitação do termo, sem a obtenção da finalidade, que é o preenchimento do lugar, como ocorre no caso deste processo, em que a candidata classificada na 1ª posição, após receber a delegação, dela desistiu.

Salientei que a interpretação da norma não pode ser literal. Deve compreender-se que a expedição do ato de delegação seja seguida do preenchimento, para se perfazer a perda do objeto do concurso, que é a causa da expiração de sua validade.

Esta é a interpretação que se presta ao interesse público, com ressalva aos casos em que se patenteie irregularidade grave que vicie o concurso. Aí haverá declaração de sua nulidade. Não será caso de expiração de validade, mas de anulação.

A moralidade administrativa tem sido defendida contra as manobras de abertura de concurso logo após o vencimento de outro, sem o devido provimento, pois a pressuposição é sempre da necessidade do preenchimento do cargo ou da serventia.

A abertura de concurso novo, após a expiração do prazo de validade do anterior, sem que neste tenham sido preenchidas as vagas por candidatos aprovados, frustra a finalidade do ato administrativo.

Reiteradas têm sido as decisões da melhor jurisprudência no sentido de serem evitadas práticas casuísticas para evitar a prevalência dos concursos sadios.

Na espécie, a admissão do termo do concurso prorrogaria a interinidade em detrimento do provimento na forma constitucional.

Não é o caso de se indagar exclusivamente a qualidade do interino. O que se impõe é a preservação do critério constitucional, objetivo, de apurar-se o mérito, garantidas a isonomia e a impessoalidade.

O Supremo Tribunal Federal tem sido atento aos desvios de conduta, como se pode distinguir no exame do Recurso Extraordinário nº 192.568-0 - Piauí, julgado em 23 de abril de 1996, de que foi Relator o Ministro Marco Aurélio:

> O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de

candidatos, indeferimento de prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade.

Na ementa do acórdão, o Ministro Marco Aurélio cita a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello segundo a qual, como o inciso IV (do art. 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na sucessão dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subsequentes. Fora isso possível, e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias (*Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*, p. 56).

Essa robusta posição foi reafirmada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 273.605-8-São Paulo, de que foi Relator o Ministro Néri da Silveira, julgado em 23 de abril de 2002.

Logo, a norma estadual, na interpretação literal de encerrar o certame com a desistência do primeiro habilitado, não serve à finalidade do processo seletivo, ao mérito, aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da economicidade, e colide com a norma federal específica dos concursos públicos das serventias (art. 19 da Lei Federal nº 8.935/94).

Sobre o tema decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Serviços notariais e de registros públicos. Desistência do candidato vencedor no certame. Pretensão do segundo colocado de receber a outorga da delegação. Viabilidade.
> 1. A Lei Federal nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, editada com o fim de regulamentar o art. 236 da Carta Federal, no capítulo relativo ao ingresso na atividade notarial e de registro, dispõe em seu art. 19 que "Os candidatos serão declarados habilitados na rigorosa ordem de classificação do concurso".
> 2. Não se pode restringir a validade do certame em tela tão somente ao candidato classificado em primeiro lugar que satisfaça os requisitos legais para recebimento da outorga de delegação de competência, na medida em que tal regra torna inteiramente inócua a determinação da norma federal de obediência à ordem de classificação dos candidatos habilitados no concurso (art. 19), que sugere entender-se possível a habilitação de mais de um candidato.
> 3. Para se declarar vago o cargo público, necessário ter-se o anterior funcionamento do serviço. No caso em apreço, não houve posse e exercício do classificado em primeiro lugar, inexistindo, pois, ingresso na atividade notarial.
> 4. O legislador mineiro, nos dispositivos ora em debate da Lei Estadual nº 12.919/98, extrapola o poder residual conferido pela Constituição Federal, em desobediência aos comandos gerais da Lei Federal nº 8.935/94. A legislação supletiva, como é sabido de todos, não pode tornar ineficaz os efeitos da lei que pretende suplementar.
> 5. A manutenção de regra limitadora em debate ofende os princípios da moralidade e razoabilidade administrativa, norteadores dos atos praticados pela Administração, bem como a própria finalidade do certame.
> 6. Recurso conhecido e provido. (RMS nº 18.843/MG, Relatora a Ministra Laurita Vaz, *DJ* de 29.08.2005.)

No mesmo sentido os seguintes precedentes da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

> Mandado de segurança. Concurso público. Serventia extrajudicial. Candidatos. Convocação. Ordem de classificação. Novo certame. Desistência do candidato vencedor. Impossibilidade. - A interpretação de dispositivo legal há de fazer-se sempre de modo sistemático ou teleológico, métodos aos quais não se sobrepõe a interpretação literal. Logo, se a Constituição Federal (art. 37, IV) e a Lei 8.935/94 asseguram, no prazo de validade do concurso, a convocação de candidatos nele aprovados de acordo com a ordem de classificação, com prioridade sobre novos concursados, é de concluir-se que a Administração não poderá realizar novo certame tão somente porque o candidato classificado em 1º lugar não tomou posse. (MS nº 1.0000.08.474735-1/000, Relator o Desembargador Duarte de Paula, *DJ* de 31.07.2009.)

> Constitucional. Administrativo. Outorga da delegação de serviços notariais. Lei Estadual 12.919/98. Art. 24 e § 3º da CF/88. Art. 236 da CF/88. Lei Federal nº 8.935/94. - A rigor do quanto dispõe a CF/88 e a legislação federal de regência e a própria CE/89, a Lei Estadual 12.919/98, ao determinar, em seus arts. 8º, § 4º, e 23, § 5º, a abertura de novo concurso quando não houver posse do candidato classificado, instrumentaliza norma incompatível com a lei federal, além de contrapor-se aos princípios da razoabilidade, moralidade, legalidade e da hierarquia. A Lei Federal nº 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da CF/88, dispõe, em seu art. 19, que os candidatos serão declarados habilitados na rigorosa ordem de classificação do concurso, ao passo que a CE/89, em seu art. 277, prescreve que a lei regulará as atividades dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário, observada a legislação federal. (Apelação Cível nº 1.0024.05.734033-3/001, Relator o Desembargador Cláudio Costa, *DJ* de 13.06.2006.)

Portanto, não se identificam razões fáticas e jurídicas nem elementos que evidenciem ofensa a direito líquido e certo do impetrante.

Denego a segurança.

Custas, *ex lege*.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - De acordo.

DES. SILAS VIEIRA - De acordo.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - De acordo.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - De acordo.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - De acordo.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - De acordo.

DES. MAURÍCIO BARROS - De acordo.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - De acordo.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - De acordo.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo.

DES. AUDEBERT DELAGE - De acordo.

DES. MANUEL SARAMAGO - De acordo.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Acompanho o em. Relator, reservando-me, porém, o eventual e oportuno aprofundamento do estudo da matéria.

DES. MOREIRA DINIZ - De acordo.

DES. DUARTE DE PAULA - De acordo.

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - De acordo.

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - De acordo.

DES. VIEIRA DE BRITO - De acordo.

Súmula - DENEGARAM A SEGURANÇA.

...

ADI - Prefeito - Infração - Recebimento da denúncia - Afastamento das funções - Lei Orgânica do Município - Previsão - Art. 170, parágrafo único, CE - Competência extrapolada - Inconstitucionalidade declarada

Ementa: Inconstitucionalidade. Afastamento do prefeito. Infrações político-administrativas e crimes de responsabilidade. Procedimento em lei orgânica municipal. Matéria reservada a lei federal.

- As questões atinentes aos crimes de responsabilidade e às infrações político-administrativas cometidas por Prefeitos e o procedimento para seu afastamento e apuração são da competência reservada da União, que regulamentou a matéria, através do Decreto-lei 201/67, não podendo Lei Orgânica do Município dispor sobre o tema contrariamente, sob pena de inconstitucionalidade.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.08.480864-1/000 - Comarca de Bonfim - Requerente: Prefeito Municipal de Rio Manso - Requerida: Câmara Municipal de Rio Manso - Relator: DES. DUARTE DE PAULA

Acórdão

Vistos etc., acorda a Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Cláudio Costa, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM JULGAR PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO, POR MAIORIA.

Belo Horizonte, 13 de abril de 2011. - *Duarte de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DUARTE DE PAULA - Ajuizou o Prefeito Municipal de Rio Manso, perante este egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ação direta de inconstitucionalidade em face da Câmara Municipal de Rio Manso, visando à declaração de inconstitucionalidade do art. 102, inc. I e II, da Lei Orgânica do Município de Rio Manso, que prevê o afastamento prévio do Prefeito quando recebida denúncia ou queixa pelo TJMG ou instaurados processos político-administrativos pelo Poder Legislativo local, violando a Constituição Estadual, e, ainda, o Decreto-lei 201/67.

Como é sabido, a doutrina constitucional costuma mencionar como mecanismos de divisão de competências o modelo horizontal e o modelo vertical. No primeiro caso, cada ente federativo recebe da Constituição um rol exaustivo de competências, ocorrendo o fortalecimento da autonomia dos entes federativos, haja vista a ausência de superposição do ente mais abrangente. Já no modelo vertical de repartição, diferentes entes federados atuam sobre as mesmas matérias, de forma a estabelecer um verdadeiro condomínio Legislativo.

Nossa Constituição Federal não adotou com rigidez nenhum dos dois sistemas. Houve sim a adoção de um modelo misto, com características do modelo horizontal e vertical, ao se atribuir a cada ente federado uma competência específica, sem relação de hierarquia entre eles (arts. 21, 22, 25 e 30), e, ao mesmo tempo, estabelecer matérias que deverão ser regulamentadas de forma geral pela União e específica pelos Estados e Distrito Federal (art. 24).

O princípio geral que norteia a repartição de competências entre as entidades componentes do Estado Federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União cabem aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos

Estados tocam as matérias e assuntos de predominante interesse regional, restando para os Municípios os assuntos de interesse local.

Sobre o que vem a ser assunto de "interesse local" esclarece Alexandre de Moraes:

> Apesar de difícil conceituação, interesse local refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas dos municípios, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), pois, como afirmado por Fernanda Dias Menezes, ''é inegável que mesmo atividade e serviços tradicionalmente desempenhados pelos municípios, como transporte coletivo, polícia das edificações, fiscalização das condições de higiene de restaurantes e similares, coleta de lixo, ordenação do uso do solo urbano, etc., dizem secundariamente com o interesse estadual e nacional'. Dessa forma, salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando-se qual o interesse predominante (princípio da predominância de interesses) (*Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 301).

A Constituição do Estado de Minas Gerais, em seu art. 170, dispõe ser competência privativa dos Municípios, dentre outras, a elaboração de suas Leis Orgânicas, dispondo em seu parágrafo único, porém, que no exercício desta atribuição deverá o ente municipal observar a norma geral respectiva, federal ou estadual.

Destarte, para aferir a constitucionalidade do art. 102 da Lei Orgânica do Município de Rio Manso, que trata das infrações político-administrativas do Prefeito, há que se verificar se este não afronta ou extrapola indevidamente o disposto na norma geral federal que regulamenta a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, qual seja o Decreto-lei 201/67.

Preceitua o dispositivo impugnado da lei municipal:

> Art. 102 - O Prefeito será suspenso de suas funções:
> I - nos crimes comuns e de responsabilidade, se recebida a denúncia ou a queixa pelo Tribunal de Justiça; e
> II - nas infrações político-administrativas se admitida a acusação e instaurado o processo, pela Câmara.

Tal dispositivo, porém, ao adotar medida não prevista pela norma federal para o procedimento de apuração das infrações político-administrativas e dos crimes de responsabilidade cometidos por Prefeitos, adentra em matéria reservada a lei federal e extrapola o âmbito de sua competência, violando, assim, o parágrafo único do art. 170 da Constituição Estadual, donde advém sua inconstitucionalidade.

É o que vem entendendo, aliás, este egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que inúmeras vezes já declarou a inconstitucionalidade de dispositivos de leis orgânicas que definiam infrações político-administrativas e o respectivo procedimento para sua apuração e responsabilização dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, conforme se depreende dos seguintes julgados:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Infração político-administrativa. Regras procedimentais. Usurpação de competência legislativa privativa da união. Inconstitucionalidade declarada. Procedência da representação. Inteligência do art. 170 da Constituição do Estado de Minas Gerais e Decreto-Lei 201/1967. Padecem de inconstitucionalidade dispositivos de Lei Orgânica do Município que definem regras de procedimento da infração político-administrativa do Prefeito Municipal, matéria legislativa de competência privativa da União (Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.06.444421-9/0, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, j. em 30.04.08).
>
> Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Orgânica do Município. Dispositivos dispondo sobre infrações político-administrativas e sanção aplicável ao prefeito municipal. Procedimento previsto, com suspensão do alcaide de suas funções. Afronta aos artigos 165, § 1°, 170, inciso I, 171 e 172 da Constituição do Estado de Minas Gerais. Inconstitucionalidade declarada (Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.06.432996-4/000, Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, em 25.04.07).
>
> Ação direta de inconstitucionalidade. Princípio da separação dos poderes. A Lei Federal que define e enumera as infrações político-administrativas dos Prefeitos é o DL 201/67, recepcionado pela CF/88, não sendo admissível que Lei Orgânica Municipal disponha sobre a matéria, eis que de competência privativa da União, nos termos do Estatuto Maior (Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.03.400694-0/000, Rel. Des. José Francisco Bueno, j. em 30.03.05).
>
> Ação direta de inconstitucionalidade. Município de Planura. Lei Orgânica Municipal que dispõe sobre o afastamento liminar do prefeito, em razão de denúncia político-administrativa. Alegação de violação à Constituição Estadual e ao regimento interno do município. Não há possibilidade do controle concentrado sobre lei municipal em face de normas jurídicas compreendidas na legislação infraconstitucional, na medida em que somente em face da Constituição do Estado de Minas Gerais é que pode ser concretizado o controle. As questões atinentes às infrações político-administrativas, ao afastamento de Prefeito, bem como ao respectivo processo e julgamento, extrapolam a competência do Município, sendo tais matérias reservadas à Lei Federal, consubstanciadas no Decreto-lei 201/67, não sendo, pois, permitido ao Município, com base na competência que lhe é atribuída pela norma do art. 170, parágrafo único c/c art. 171, I, *d*, da Constituição Estadual, inovar, prevendo, em sua Lei Orgânica, o afastamento preliminar do alcaide (Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.00.290001-7/000, Rel. Des. Pinheiro Lago, j. em 13.10.04).

Pelo exposto, julgo procedente o pedido inicial, a fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 102, I e II, da Lei Orgânica do Município de Rio Manso, ratificando a medida cautelar, para torná-la definitiva, comunicando-se com a Câmara Municipal, nos termos do art. 285 do Regimento Interno deste egrégio Tribunal de Justiça.

Custas, *ex lege*.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - De acordo.

DES. RONEY OLIVEIRA - De acordo.

DES. HERCULANO RODRIGUES - Senhor Presidente,

Peço vênia para divergir, em parte, do entendimento do eminente Desembargador Relator.

O dispositivo da Lei Orgânica do Município de Rio Manso cuja inconstitucionalidade o Prefeito Municipal pretende ver declarada tem a seguinte redação:

> Art. 102. O Prefeito será suspenso de suas funções:
> I - nos crimes comuns e de responsabilidade, se recebida a denúncia ou a queixa pelo Tribunal de Justiça; e
> II - nas infrações político-administrativas, se admitida a acusação e instaurado o processo pela Câmara.

A norma acima transcrita, a toda evidência, procura transplantar para o ordenamento Municipal regra semelhante contida no art. 92, I e II, da Constituição Estadual, e no artigo 86, § 1°, I e II, da Constituição da República, atinente aos Governadores e ao Presidente da República, respectivamente.

Ocorre que, no tocante aos prefeitos municipais e vereadores, a par da inexistência de previsão constitucional semelhante, nas ações penais e nos processos de *impeachment*, a matéria está disciplinada em lei federal, qual seja o Decreto-Lei n° 201/57, sendo de competência privativa da União legislar sobre o tema (direito processual).

Nesse caso, o que se verifica é que em relação aos crimes comuns imputados a prefeito municipal, o Decreto-Lei n°201/57 não prevê a suspensão de suas funções ou o seu afastamento automático do cargo em decorrência do simples recebimento da denúncia. Dispõe o artigo 2°, II, do referido diploma legal que o Tribunal, ao receber a denúncia por determinados delitos previstos no artigo 1° do Decreto Lei, manifestar-se-á, obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal.

Trata-se, portanto, do afastamento cautelar do prefeito denunciado, de medida de caráter processual-penal a cargo do Judiciário, facultativa, a ser imposta em casos determinados, demonstrada a necessidade da providência.

Portanto, a suspensão das funções do prefeito apenas pelo fato de haver sido a denúncia (por crime comum) recebida, conforme previsão contida no artigo 102, I, da Lei Orgânica de Rio Manso, não se coaduna com a disciplina da lei federal e, em face da absoluta incompetência do legislador municipal para dispor de maneira diversa, mostra-se a medida flagrantemente inconstitucional.

De se assinalar, por oportuno, que a referência a "crimes de responsabilidade", contida no mencionado inciso I do artigo 102 da Lei Municipal, é fruto de evidente equívoco. Os chamados "crimes de responsabilidade" nada mais são do que infrações de cunho político-administrativo, infrações essas que vêm tratadas no inciso seguinte (inciso II) do citado artigo 102.

No caso das infrações político-administrativas, no entanto, em que pese a omissão do Decreto-Lei n° 201/57 sobre a possibilidade de afastamento do prefeito, a norma municipal em apreço (que não tem caráter processual-penal) cuida de providência cautelar que encontra similitude nos processos de *impeachment* dos Governadores, do Presidente da República e de outros agentes públicos. Não só a Constituição Federal e a Constituição Mineira prevêem essa hipótese, mas também a Lei Federal 1.079/50, que em seu artigo 23, § 5°, estabelece como efeito imediato ao decreto da acusação do Presidente da República, ou de ministro de Estado, a suspensão do exercício das funções do acusado e da metade do subsídio ou do vencimento, até sentença final.

Como se vê, nesse caso - das infrações político-administrativas - não há que se falar em conflito entre a regra do artigo 102, II, da Lei Orgânica Municipal e as normas constitucionais e federais que regem o procedimento. Evidentemente, desde que o afastamento cautelar não se perpetue indefinidamente, não há inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Segundo o modelo da Constituição Mineira, em seu artigo 92, § 2°, "na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, se o julgamento não estiver concluído no prazo de cento e oitenta dias, cessará o afastamento do Governador do Estado, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo".

A orientação que esposamos está afinada com o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal em caso análogo:

> Competência legislativa. Lei Orgânica de Município. Julgamento do prefeito nos crimes de responsabilidade. Surge harmônico com a Carta da República preceito de lei orgânica de município prevendo a competência da câmara municipal para julgar o prefeito nos crimes de responsabilidade definidos no Decreto-Lei n° 201/67, o mesmo ocorrendo relativamente ao afastamento, por até noventa dias (período razoável), na hipótese de recebimento da denúncia. Competência legislativa. Crime comum praticado por prefeito. Atuação da Câmara Municipal. O afastamento do prefeito em face de recebimento de denúncia por tribunal de justiça circunscreve-se ao plano processual penal, competindo à União dispor a respeito (RE 192527, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 25.04.2001, *DJ* de 08.06.2001, p, 21, Ement. vol 02034-02, p. 359).

No julgamento acima referido, um recurso extraordinário tirado de decisão do Tribunal de Justiça do Paraná que examinou a constitucionalidade de dispositivo

contido na Lei Orgânica do Município de Antonina/PR, destacou em seu voto o eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, o seguinte:

> Resta a questão alusiva ao fato de o Município haver legislado sobre o afastamento do Prefeito a ponto de alcançar a hipótese de recebimento da denúncia pelo Tribunal de Justiça. Em que pese a simetria, no âmbito federal - artigo 86, § 1º, da Lei Básica -, verifica-se a procedência do que assentado pelo Tribunal de Justiça. Em primeiro lugar, o afastamento resultante do recebimento da denúncia mostra-se como verdadeira cautelar processual-penal, e incumbe à União legislar sobre a matéria. Quanto ao afastamento em face do recebimento da denúncia, nas infrações político-administrativas, nos crimes de responsabilidade, pela Câmara Municipal, está-se diante de norma que não tem natureza processual penal. Por outro lado, guarda sintonia, em si, com o que previsto, considerado o patamar revelado pela Presidência da República, na Constituição Federal. Descabe potencializar, na espécie, a problemática relativa às conveniências políticas reinantes, mesmo porque o próprio processo concernente ao crime de responsabilidade é por elas norteado. Entendo que, cumprindo à Câmara Municipal o julgamento do Prefeito nos crimes de responsabilidade, mostra-se harmônica com a Constituição Federal a previsão, na Lei Orgânica, do afastamento, uma vez recebida a denúncia, surgindo razoável o prazo de até noventa dias (STF, RE 192.527-2 PR - excerto do voto do Ministro Marco Aurélio).

Com essas considerações, peço vênia para julgar parcialmente procedente a representação, declarando a inconstitucionalidade apenas da regra do art. 102, I, da Lei Orgânica do Município de Rio Manso.

DES. CARREIRA MACHADO - Sr. Presidente.

Ouvi o voto do em. Des. Herculano Rodrigues, que me impressionou, motivo pelo qual o acompanho.

DES. ALMEIDA MELO - Sr. Presidente.

Minha assessoria aconselhou-me a não divergir do Relator, mas, ouvindo os votos, reli o texto e julgo improcedente a ação direta. A improcedência por mim reconhecida neste ato é por uma razão simples: a ofensa pretendida é à Lei do Marechal Castelo Branco, ao Decreto-Lei 201, de 1967, ou seja, não haveria a conformidade com a Lei Federal. É o caso do qual o Professor Ernane Fidélis, várias vezes, falou aqui na Corte Superior, de não se confundir a inconstitucionalidade com a ilegalidade, ou seja, o confronto com a Lei Federal não deve ser tomado como inconstitucionalidade, principalmente quando o que está em causa é o controle de constitucionalidade do tipo abstrato, em face da Constituição do Estado, uma vez que o Supremo já declarou a inconstitucionalidade da norma da Constituição do Estado que permitia ao Tribunal fazer o controle da Lei Municipal, em face da Constituição Federal.

O suporte indicado para a inconstitucionalidade é o art. 170 da Constituição do Estado, que diz que os municípios, dentre suas competências privativas, elaborarão as suas leis orgânicas e, especialmente no parágrafo único, no exercício dessa atribuição, deverá o ente municipal observar a norma geral federal.

Ora, como disse e enfatizo, a incompatibilidade material é com a Lei Federal. Para se poder chegar à inconstitucionalidade do tipo indireta, ou seja, por ofender a Lei Federal, seria inconstitucional. Inconstitucional do ponto de vista da Constituição Estadual? Far-se-ia o controle da legalidade. É o que o Des. Ernane Fidélis várias vezes falou aqui. É um controle infraconstitucional, que não é aceitável em sede de plenário de Tribunal no controle de constitucionalidade por ação. Indiretamente, poder-se-á fazer o juízo de valor a respeito de alguma inconstitucionalidade, mas o controle direto, o controle do tipo abstrato, o controle concentrado, não admite este tipo de linha oblíqua, este tipo de perambulação pela Lei Federal para se concluir uma inconstitucionalidade do tipo estadual.

O plenário ficará, certamente, congestionadíssimo quando este precedente for aberto aqui, de se fazer controle em tese de constitucionalidade do tipo estadual de uma forma indireta, ou seja, ao invés de fazer o controle da legalidade, no caso concreto, fazer-se o controle indireto da lei federal para se obter, ou não, a inconstitucionalidade em face da Constituição do Estado.

Estes artigos, como o art. 170, de conteúdo aberto, não permitem, certamente, o controle material, ou seja, de conteúdo, mesmo porque, para se fazer o controle de conteúdo, que, aqui, não é nem controle formal, nem orgânico, é preciso, e friso, passar-se pelo controle da legalidade do tipo federal. A Lei Orgânica Municipal pode bater-se contra o texto da Lei Federal, admito, mas não vejo, comparando o texto da Lei Orgânica Municipal, qualquer palavra que bata contra o texto expresso da Constituição do Estado para se deduzir, sem passar pelo controle da legalidade, a pleiteada inconstitucionalidade.

Data venia, julgo improcedente a ação.

DES. KILDARE CARVALHO - Sr. Presidente.

Data venia, ponho-me de acordo com o voto do Des. Herculano Rodrigues. Também julgo parcialmente procedente.

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - Sr. Presidente.

Peço vênia aos que têm entendimento em contrário, para acompanhar o eminente Relator e acolher a representação.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Sr. Presidente.

Rogo vênia ao eminente Relator e ao Des. Almeida Melo, mas acompanho a divergência instaurada pelo Des. Herculano Rodrigues para acolher, parcialmente, a arguição de inconstitucionalidade.

DES. ALVIM SOARES - Acompanho o Relator.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - De acordo com o Relator.

DES. WANDER MAROTTA - Sr. Presidente.

Peço vênia aos que entendem em contrário, mas, também, penso que o controle da legalidade, no caso em exame, deve ser feito através do mandado de segurança, sempre quando houver infringência aos termos do Decreto-lei 201.

Julgo, também, totalmente improcedente.

DES. MANUEL SARAMAGO - Acompanho o eminente Relator.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Com o Relator, *data venia*.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Sr. Presidente.

Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES. JULGAVAM PROCEDENTE OS DES. DUARTE DE PAULA, ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, RONEY OLIVEIRA, MÁRCIA MILANEZ, ALVIM SOARES, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, MANUEL SARAMAGO E PAULO CÉZAR DIAS. JULGAVAM PARCIALMENTE PROCEDENTE OS DES. HERCULANO RODRIGUES, CARREIRA MACHADO, KILDARE CARVALHO E BRANDÃO TEIXEIRA. JULGAVAM IMPROCEDENTE OS DES. ALMEIDA MELO E WANDER MAROTTA.

Notas taquigráficas

DES. CLÁUDIO COSTA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 23/03/2011, a pedido do Des. Dárcio Lopardi Mendes, após votarem julgando procedente os Des. Duarte de Paula, Alexandre Victor de Carvalho, Roney Oliveira, Márcia Milanez, Alvim Soares, Antônio Carlos Cruvinel, Manuel Saramago e Paulo Cézar Dias. Julgavam parcialmente procedente os Des. Herculano Rodrigues, Carreira Machado, Kildare Carvalho e Brandão Teixeira. Julgavam improcedente os Des. Almeida Melo e Wander Marotta.

Com a palavra o Des. Dárcio Lopardi Mendes.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de ação proposta pelo Prefeito Municipal de Rio Manso, com fundamento no artigo 18, IV, da CEMG, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 102, I e II, da Lei Orgânica desse Município, que prevê o afastamento prévio do Chefe do Poder Executivo Municipal quando recebida denúncia ou queixa pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais ou instaurados processos político-administrativos pela Câmara Municipal.

Em seu voto, o eminente Relator, Desembargador Duarte de Paula, está julgando procedente a arguição.

Peço vênia a Sua Excelência, para dissentir, em parte, de seu posicionamento, pelos motivos que passo a expor.

Em princípio, insta salientar que uma lei (ou ato normativo) poderá ser considerada material ou formalmente inconstitucional. No primeiro caso, quando o seu conteúdo for contrário à Constituição, e, no segundo, quando a mácula residir no seu processo de elaboração, seja relativo à competência ou ao processo legislativo propriamente dito.

Sobre o tema, pertinente transcrever trechos da doutrina do renomado doutrinador Paulo Bonavides, em sua obra *Curso de direito constitucional*, 13. ed., Malheiros, São Paulo, 2003:

> O controle de constitucionalidade das leis ora se apresenta como controle formal, ora insere características de um controle material [...]
> O controle formal é, por excelência, um controle estritamente jurisdicional. Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado..
> [...]
> O controle formal se refere 'ao ponto de vista subjetivo, ao órgão de onde emana a lei. É controle que se exerce nomeadamente no interior dos órgãos do Estado para averiguar a observância da regularidade na repartição das competências ou para estabelecer nos sistemas federativos o equilíbrio constitucional dos poderes, conforme já assinalamos.
> [...]

No caso que ora se analisa, inexiste dúvida quanto ao fato de que o inciso I do artigo 102 da Lei Orgânica do Município de Rio Manso, no tocante à possibilidade do afastamento do Prefeito de suas funções, nos casos de crimes comuns, pelo simples fato de ter sido a denúncia recebida pelo Tribunal de Justiça, ou a queixa pela Câmara Legislativa, padece de vício de inconstitucionalidade formal, porquanto, inexiste previsão no Decreto Federal nº 201/57, diga-se, recepcionado pela Lei Maior, acerca de tal possibilidade, donde se conclui que o ente público municipal, além de legislar sobre matéria estranha à sua competência, inovou.

Sendo assim, patente que o Município de Rio Manso extrapolou os limites da competência que lhe

atribuiu o artigo 30, da CR/88, desconsiderando, por conseguinte, o disposto no artigo 170, parágrafo único, da Constituição do Estado de Minas Gerais, segundo o qual "no exercício da competência de que trata este artigo, o Município observará a norma geral respectiva, federal ou estadual".

Ao comentar o artigo 30 da CR/88, o ilustre doutrinador José Afonso da Silva, ressalta que a Lei Orgânica é uma espécie de Constituição Municipal e

> Cuidará de discriminar a matéria de competência exclusiva do Município, observadas as peculiaridades locais, bem como a competência comum que a Constituição lhe reserva juntamente com a União, os Estados e o Distrito Federal (art. 23). Indicará, dentre a matéria de sua competência, aquela sobre que lhe cabe legislar, com exclusividade e aquela sobre a qual lhe seja reservado legislar supletivamente. A própria Constituição já indicou, nos incisos do artigo em comentário, o conteúdo básico da Lei Orgânica [...] (SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, 6. ed. atualizada até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008, São Paulo: Malheiros, 2009).

Quanto aos "crimes de responsabilidade", de que fala o mesmo inciso, desnecessário maiores digressões a seu respeito, porquanto nada mais são que "infrações político-administrativas", tratadas pelo inciso II do mesmo artigo 102, também, objeto de análise nesta Representação.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou:

> Penal. Processual penal. Prefeito: Crime de responsabilidade. D.L. 201, de 1967, artigo 1°: crimes comuns. I. - [...] No art. 4°., o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações e que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade. II. - A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1° do D.L. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato. III. - Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IV. - *H.C.* indeferido. (STF. *Habeas Corpus* n° 70.671/PI. Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Veloso).

Em relação à previsão de afastamento do Prefeito nos casos de "infrações político-administrativas se admitida a acusação e instaurado o processo, pela Câmara" (art. 102, II), não se vislumbra qualquer mácula que pudesse ensejar a declaração almejada, uma vez que, a despeito da omissão do Decreto Federal n° 201/57 no tocante a esta possibilidade, conforme decidido pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n° 192.527-2/PR, em caso análogo,

> Mostra-se harmônico com a Lei Básica Maior, no que prevê a competência da Câmara Municipal para julgar o Prefeito e o Vice-Prefeito por prática de infrações político-administrativas (leia-se crime de responsabilidade) definidas no Decreto-Lei n° 201, de 27 de fevereiro de 1967, obedecendo o processo de julgamento o rito nele estabelecido (STF. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n° 192527/PR. Julgamento: 25.04.2001. Publicação: 08.06.2001).

Destarte, conclui-se que houve usurpação de competência pelo ente municipal, tão somente, em relação ao artigo 102, I, da Lei Orgânica do Município de Rio Manso/MG, uma vez que legislou acerca de matéria afeta ao Direito Penal, cuja competência foi outorgada à União Federal, conforme já mencionado, sem a observância do disposto nos artigos 170, parágrafo único, 171 e 172, todos da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Mediante tais considerações, rogando vênia ao eminente Relator, sou pela procedência parcial da arguição, para o fim de declarar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 102 da Lei Orgânica do Município de Rio Manso/MG.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Sr. Presidente.

Também dou minha adesão à divergência instaurada pelo Des. Herculano Rodrigues.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Sr. Presidente.

Com as devidas vênias, acompanho *in totum* o douto voto da relatoria.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Sr. Presidente.

Acompanho o judicioso voto do eminente Des. Herculano Rodrigues.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - *Data venia*, com o douto Relator.

DES.ª SELMA MARQUES - Acompanho o Relator.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Com o Relator.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Acompanho o Des. Herculano Rodrigues.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Sr. Presidente.

Não estava presente na última reunião desta Corte, então, peço a V. Exª. para me eximir da votação.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Com o Relator, *data venia*.

Súmula - JULGARAM PROCEDENTE, POR MAIORIA.

...

Embargos à arrematação - Bem indispensável ao exercício da profissão - Prova - Ausência - Art. 649, V, do CPC - Inaplicabilidade

Ementa: Embargos à arrematação. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Motocicleta. Bem impenhorável. Utilização como instrumento de trabalho. Profissional pedreiro. Não comprovação. Embargos rejeitados.

- Para que seja declarada a impenhorabilidade, deve o executado apresentar prova clara e robusta de que utiliza o bem como instrumento imprescindível para o desempenho de sua atividade profissional, sob pena de manter-se válida a penhora e a consequente alienação do bem.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0097.10.001413-9/001 - Comarca de Cachoeira de Minas - Apelante: J.A.M. - Apelada: T.G.I.C.M.L. - Relator: DES. ALBERTO HENRIQUE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Francisco Kupidlowski, 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, 7 de abril de 2011. - *Alberto Henrique* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de apelação buscando a reforma da r. sentença de f. 15/20, proferida nos autos dos embargos à arrematação aforados por J.A.M. contra o arrematante e exequente J.I.A., cujos embargos foram julgados improcedentes ao fundamento de não ser o veículo/motocicleta - objeto de arrematação - essencial ao exercício da profissão de pedreiro do embargante.

Apela J.A.M., f. 23/30, buscando a reforma da r. sentença, ao argumento preliminar de cerceamento de defesa, tendo em vista que não foi instaurada, pelo d. Julgador, a fase instrutória nos autos, em que teria oportunidade de comprovar a necessidade do veículo para o exercício da atividade de pedreiro, que exerce o apelante.

No mérito, aduz que o débito teve origem numa execução de verba honorária de sucumbência, que não poderia prosseguir, por ser o apelante beneficiário da gratuidade de justiça.

Ademais, sustenta, o bem arrematado pelo embargado é indispensável ao exercício do seu trabalho de pedreiro, porque é o único que possui para a sua locomoção.

Contrarrazões ofertadas às f. 33 e seguintes.

É o relato.

Conheço do apelo, presentes seus pressupostos de admissibilidade, ressaltando não ter havido o preparo do apelo, que foi dispensado à f. 31 pelo MM. Juiz.

Trata-se de embargos à arrematação aviada pelo devedor e proprietário do bem alienado, contra o arrematante, buscando afastar a alienação de uma motocicleta que foi adjudicada pelo advogado de uma empresa contra a qual demandou o ora embargante.

Insta salientar que a arrematação se deu nos autos da ação de execução de verba honorária, ajuizada pelo patrono da empresa T.G.I.C.M.L., nos autos de uma ação de indenização por danos materiais e morais em que o ora embargante se saiu vencido, tendo ele entabulado acordo com o advogado ex-adverso, com relação à verba honorária sucumbencial, acordo este devidamente homologado pelo Juízo e descumprido pelo ora embargante, razão da sua execução.

Verifico que, embora tivessem sido deferidos ao embargante (autor da ação de indenização) os benefícios da gratuidade de justiça naqueles autos da ação ordinária, após sucumbir-se, o ora embargante e beneficiário da gratuidade firmou um acordo com o advogado da empresa requerida, devidamente homologado, relativo aos honorários do procurador, acordo este descumprido pelo ora embargante.

Esse fato ensejou o ajuizamento da ação de execução de verba honorária, em que a motocicleta foi objeto de penhora e de adjudicação após o leilão, requerida pelo credor, ora embargado.

Devo ainda registrar que, embora não tenha sido reiterada nas razões de apelo a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*, verifico que o polo passivo da presente ação está devidamente preenchido, pois, aqui, deveria, sob pena de nulidade, figurar o arrematante e adjudicante do bem como legitimado, o que ocorreu, como se infere da inicial, devendo ser mantida a r. sentença nesse aspecto.

Sobre o tema:

> Embargos à arrematação. Citação do arrematante como litisconsorte necessário. - Ocorrendo o interesse do arrematante na solução do litígio, pois os embargos visam precisamente à desconstituição do ato jurídico-processual levado a efeito, deve ele figurar no polo passivo da demanda, na qualidade de litisconsorte necessário. (STJ - REsp 45514/MG - Rel. Min. Barros Monteiro.)

Preliminar - Cerceamento de defesa.

Extrai-se das razões de recurso, embora não apresentada a este título, a preliminar de nulidade do feito, por cerceamento de defesa, ao argumento do apelante de não ter tido a oportunidade de comprovar, através de prova testemunhal, que o bem arrematado era seu instrumento de trabalho.

Extrai-se da r. sentença ter o douto Magistrado julgado antecipadamente a lide, ao fundamento de se mostrar prescindível a dilação probatória neste caso.

Com efeito, diante do teor da questão debatida - impenhorabilidade de uma motocicleta que seria instrumento de trabalho do embargante -, não se fazia necessária a fase dilatória, por se tratar de matéria eminentemente de direito.

A propósito:

> Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia. (STJ - 4T. Ag. 14.952-DF - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo.)

Pelo exposto, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa, nulidade esta que aqui não se verificou.

Mérito.

Aduz o apelante que o débito teve origem numa ação de execução de verba honorária de sucumbência, que não poderia prosseguir, por ser o apelante beneficiário da gratuidade de justiça, o que o isentaria daquela verba.

Sobre essa questão decidiu o MM. Juiz, com acerto, ter operado a coisa julgada a respeito do eventual benefício da gratuidade de justiça deferido ao apelante, tendo em vista que, mesmo sendo ele beneficiário da gratuidade na ação principal, entabulou acordo com o ora embargado - relativo à verba honorária sucumbencial -, acordo este que foi devidamente homologado (f. 179 dos autos principais), mas descumprido e, por isso, objeto da execução.

Com efeito, se o ora embargante era beneficiário da gratuidade de justiça na ação de indenização que ajuizou contra uma empresa para a qual trabalhava e na qual alega ter se acidentado e, ainda assim, de livre vontade, pactuou com o advogado da empresa os termos de um acordo para a quitação da verba honorária sucumbencial, e este acordo foi homologado pelo Juiz, operou-se a coisa julgada sobre a questão, não podendo mais ser aqui debatida.

Sustenta mais o apelante que o bem arrematado pelo embargado - motocicleta, f. 09 - é indispensável ao exercício do seu trabalho de pedreiro, porque é o único que possui para a sua locomoção, o que o afasta da penhorabilidade.

Sobre esta questão, decidiu com o costumeiro acerto o douto Magistrado, *verbis*:

> [...] insubsistente é a alegação do executado. Ocorre que a proteção legal invocada apenas tem lugar quando o bem se mostra essencial para o desenvolvimento da atividade profissional. No caso, o embargado qualifica-se como pedreiro. A motocicleta, portanto, não é essencial ao exercício da sua profissão, mas apenas uma facilidade que se lhe acrescenta (f. 18).

Com efeito, não se faz necessária maior dilação para se aferir que um veículo motocicleta não é instrumento de trabalho de um pedreiro. Não é o veículo utilizado como instrumento para a realização do seu mister. Trata-se apenas de uma facilidade para a sua locomoção, transporte este que pode ser feito de inúmeras outras formas.

Inexiste nos autos sequer indício de que o veículo seja habitualmente utilizado como meio de exercício da profissão do apelante.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

> Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Art. 649, VI, do CPC. Impenhorabilidade. Alegação de que o bem se destina ao exercício da atividade profissional. Ausência de comprovação. - Recaindo a penhora sobre bem do devedor, considerado como necessário ou útil ao exercício da sua profissão, sem o qual as respectivas atividades se paralisariam ou não poderiam ser executadas com a mesma eficiência, deve ser declarada a impenhorabilidade desse bem, a teor do art. 649, VI, do CPC. Para que seja declarada a impenhorabilidade, deve o executado apresentar prova clara e robusta de que utiliza o bem como instrumento imprescindível para o desempenho de sua atividade profissional. Agravo provido, para modificar a decisão que desconstituiu o arresto incidente sobre o veículo do devedor, ante a ausência de prova cabal de que se trata de instrumento de trabalho deste. (Agravo de Instrumento nº 1.0111.05.004623-9/001, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. em 07.08.2008, p. em 03.09.2008.)

E mais:

> Embargos à execução. Penhora. Veículo motorizado. Necessidade de apresentar prova inconteste sobre sua indispensabilidade ao exercício profissional da pessoa física para ser considerado impenhorável. - Não se inclui o veículo motorizado entre os bens que, por serem necessários à profissão, não podem ser penhorados, sendo que, para se obter o benefício da restrição, contida no art. 649, VI, do CPC, mister se faz que comprove a imprescindibilidade do automóvel ao exercício da profissão com a qual o devedor sustenta a família, sem possibilidade de prover esse sustento por outro meio. (Apelação Cível nº 1.0024.05.813709-2/001, Rel. Des. Otávio Portes, j. em 09.08.2006, p. em 1º.09.2006.)

Por outro lado, o art. 591 do Código de Processo Civil prevê que:

> O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Logo, a regra é a penhorabilidade dos bens do devedor. A impenhorabilidade é excepcional e decorre de expressa previsão legal.

É o entendimento da jurisprudência:

> A impenhorabilidade deve constar taxativamente da lei, pois tem caráter excepcional, e as exceções devem ser sempre expressas (*RT* 655/153). (DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso básico de direito processual civil*. 2. ed. Ed. Nelpa - L. Dower Edições Jurídicas Ltda., v. III, p. 204.)

Em que pesem os argumentos do apelante, não há que se falar em impenhorabilidade do veículo por aplicação do art. 649, VI, do Código de Processo Civil, à míngua de provas de que o referido bem seja utilizado como instrumento de trabalho.

Isso se daria, por exemplo, se o apelante exercesse as atividades denominadas *moto boy*, ou outra forma de transporte, com a utilização daquele veículo para obtenção de lucro, o que não é o caso.

Ademais, a própria Lei 8.009/91, em seu art. 2º, afasta da impenhorabilidade os veículos de transporte, como é o caso da motocicleta para o pedreiro, que a utiliza apenas para se locomover.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo, para manter inalterada a r. sentença.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUIZ CARLOS GOMES DA MATA e FRANCISCO KUPIDLOWSKI.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.

...

FGTS - Penhora e levantamento para cumprimento de obrigação alimentar - Possibilidade - Art. 20 da Lei nº 8.036/90 - Inteligência - Mitigação dos efeitos - Princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade - Aplicação

Ementa: Agravo de instrumento. Levantamento de FGTS para pagamento de pensão alimentícia. Possibilidade. Decisão reformada.

- O cumprimento de obrigação alimentícia é direito constitucionalmente tutelado (art. 5º, inciso, LXVII, da CF), não podendo a legislação infraconstitucional obstar a correta subsistência do alimentando, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

- O art. 20 da Lei 8.036/90 não pode restringir o pagamento de pensão alimentícia em favor de pessoa necessitada, devendo o citado dispositivo legal ser interpretado de forma a garantir a máxima efetividade dos direitos dispostos na Constituição Federal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0194.10.001546-1/001 - Comarca de Coronel Fabriciano - Agravante: L.S.C., representado pela mãe J.F.S. - Agravado: C.G.C. - Relator: DES. EDILSON FERNANDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Edilson Fernandes, 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, 19 de abril de 2011. - *Edilson Fernandes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de recurso interposto contra a r. decisão de f. 29-TJ, proferida nos autos da ação de execução de alimentos ajuizada por L.S.C, representada pela mãe, J.F.S, contra C.G.C., que indeferiu o pedido da ora agravante para determinar a penhora de numerário constante do FGTS do agravado.

Em suas razões, a agravante sustenta, em síntese, que não foram encontrados bens pertencentes ao executado, e passíveis de penhora, devendo a constrição judicial incidir sobre eventual saldo de FGTS pertencente ao devedor, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Pugna pelo provimento do recurso e por que seja reformada a r. decisão impugnada (f. 02/06-TJ).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A matéria discutida nos presentes autos se restringe a verificar a viabilidade de penhora de saldo de FGTS para pagamento de obrigação alimentar inadimplida.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LXVII, prestigia o adimplemento voluntário de obrigação alimentar, estabelecendo, inclusive, a possibilidade de prisão civil do devedor da verba.

O caráter de subsistência da parcela alimentar merece proteção especial do ordenamento jurídico vigente, em prestígio aos princípios da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade, orientadores do direito constitucional contemporâneo, sendo este último, assim conceituado por Pedro Lenza:

> Também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, o princípio da máxima efetividade das normas

constitucionais deve ser entendido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social.
Segundo Canotilho, 'é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais e, embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)' (*Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. Saraiva, 2009, p. 95).

Com a devida vênia, a interpretação taxativa do rol disposto no art. 20 da Lei 8.036/90, que estabelece as hipóteses de movimentação de conta vinculada do trabalhador no FGTS, não observa a relevância da verba alimentar destinada a uma menor (f. 07-TJ).

Admitir que uma criança, credora de pensão alimentícia, não tenha garantido o recebimento de parcela indispensável à sua subsistência, por inadimplemento do devedor que possui conta de FGTS, pela simples ausência de expressa previsão de levantamento da quantia pela Lei 8.036/90, ainda que o rito da execução esteja correndo nos termos do art. 732 do CPC, caracteriza inadmissível ofensa ao art. 227 da Constituição Federal, que estabelece:

> 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 comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em síntese, a interpretação constitucional da controvérsia impossibilita a manutenção da r. decisão impugnada, conforme já teve oportunidade de concluir o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo regimental. Agravo de instrumento. Direito de família. Execução de alimentos. Penhora sobre conta do FGTS. Possibilidade.
> 1. Este Tribunal Superior entende ser possível a penhora de conta vinculada do FGTS (e do PIS) no caso de execução de alimentos. É que, em casos tais, há mitigação do rol taxativo previsto no art. 20 da Lei 8.036/90, dada a incidência dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.
> 2. A orientação jurisprudencial das Turmas de Direito Privado desta Corte é na vertente de se admitir o bloqueio da conta relativa ao FGTS para a garantia do pagamento da obrigação alimentar, segundo as peculiaridades do caso concreto.
> 3. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 1034295/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina, Des. convocado do TJRS, j. em 15.06.2009).
>
> Processo civil e administrativo - Mandado de segurança contra ato judicial - FGTS e PIS: Penhora - Execução de alimentos - Competência da Justiça Estadual - Súmula 202/STJ - Interesse da CEF - Impenhorabilidade - Mitigação frente a bens de prestígio constitucional.
> 1. A competência para a execução de sentença condenatória de alimentos é da Justiça Estadual, sendo irrelevante para transferi-la para a Justiça Federal a intervenção da CEF.
> 2. Na execução de alimentos travada entre o trabalhador e seus dependentes, a CEF é terceira interessada.
> 3. A impenhorabilidade das contas vinculadas do FGTS e do PIS frente à execução de alimentos deve ser mitigada pela colisão de princípios, resolvendo-se o conflito para prestigiar os alimentos, bem de *status* constitucional, que autoriza, inclusive, a prisão civil do devedor.
> 4. O princípio da proporcionalidade autoriza recaia a penhora sobre os créditos do FGTS e PIS.
> 5. Recurso ordinário não provido (MS 26540, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, j. 12.08.2008) (MS 26540/SP - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2008/0053849-0 Relatora Ministra Eliana Calmon (1114) Órgão Julgador T2 - Segunda Turma - Data do julgamento: 12.08.2008).

No mesmo sentido, já concluiu esta colenda 6ª Câmara Cível:

> Ementa: Mandado de segurança - FGTS - Levantamento para pagamento de alimentos - Admissibilidade. - Não obstante o pagamento de alimentos não se inclua entre as hipóteses legais de levantamento dos recursos da conta do FGTS, se o titular da conta é contumaz inadimplente e nenhuma outra alternativa resta ao alimentando, defere-se o levantamento da verba existente na conta do devedor de alimentos junto ao Fundo, em face da superioridade dos valores envolvidos, em relação às próprias hipóteses legalmente previstas para tanto (Mandado de Segurança nº 1.0000.08.487348-8/000, Rel. Des. Maurício Barros, j. em 30.06.2009).

Dou provimento ao recurso para, reformando a r. decisão impugnada, deferir o pedido de penhora de numerário constante da conta vinculada do agravado no FGTS.

Custas, pelo agravado, na forma da lei.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Recurso - Intempestividade - Justa causa - Não ocorrência - Imprevisibilidade - Requisito indispensável - Atestado médico após o decurso do prazo - Ausência de justificativa - Não conhecimento

Ementa: Apelação cível. Intempestividade. Justa causa. Inocorrência. Atestado médico após o decurso do prazo. Recurso não conhecido.

- O prazo para oferecimento de recurso, que se constitui em prazo preclusivo, só poderá ser desconsiderado em face de ocorrência de justa causa, caracterizada esta como um evento imprevisto. A imprevisibilidade do evento, portanto, é requisito indispensável para fazer caracterizar a justa causa, autorizadora da devolução do prazo, não se podendo considerar como tal a apresentação de atestado médico, sem a devida justificativa.

Recurso não conhecido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0444.09.003119-6/002 - Comarca de Natércia - Apelante: R.R.C. - Apelado: B.F.S.A. - Relator: DES. PEREIRA DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Cabral da Silva, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de abril de 2011. - *Pereira da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEREIRA DA SILVA - Trata-se de recurso de apelação, aviado por R.R.C., contra a decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da Comarca de Natércia, que julgou improcedente a ação revisional contratual c/c declaratória de nulidade de cláusula, repetição de indébito, pedido incidental de exibição de documento e pedido liminar de antecipação de tutela, ajuizada contra o Banco do Brasil S.A.

Alega o apelante em razões de f. 196/220 preliminar de cerceamento de defesa, pelo julgamento antecipado. No mérito alega a necessidade de inversão do ônus da prova a justificar a cobrança dos juros abusivos, bem como a capitalização de juros e cumulação da comissão de permanência com outros encargos. E, por fim, aduz a inocorrência de litigância de má-fé.

Contrarrazões de f. 242/256.

Este, o breve relatório.

Cumpre, desde logo, verificar a respeito da tempestividade do recurso interposto, já que se configura em um dos requisitos para a sua admissibilidade.

Compulsando os autos verifica-se que, conforme a certidão à f. 187-TJ, a sentença recorrida foi publicada no *Diário do Judiciário* em 27.09.2010, numa segunda -feira.

A contagem do prazo inicial teve início no dia 28.09.2010, numa terça-feira, findando-se, assim, no dia 12.10.2010, também numa terça-feira.

O presente recurso, todavia, somente foi aviado no dia 15.10.2010, três dias após o vencimento do prazo recursal.

Dessarte, o não conhecimento do recurso, em face da sua intempestividade, se impõe.

Contudo, para que não reste qualquer resquício de dúvida, cumpre ressaltar que à f. 221-TJ, o ora apelante tece consideração a respeito da tempestividade do recurso, em vista de que estaria impossibilitado de exercer as suas atividades profissionais.

Ocorre que o atestado apresentado não tem o condão de comprovar motivo de força maior impeditiva do exercício profissional do advogado, no decorrer do prazo recursal.

O prazo para oferecimento de recurso se constitui em prazo preclusivo, e apenas por justa causa poderá o Juiz permitir à parte a prática do ato, no prazo que lhe assinar, conforme a disposição do art. 183 e parágrafos do Código de Processo Civil, que assim dispõe: "Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário".

Ressalto, ainda, o CID estava ilegível e o advogado, via de regra, possui o prazo de 15 dias para interposição da apelação e, no caso o apelante apresenta justificativa após o decurso do prazo para justificar a impossibilidade de exercício das atividades.

Ademais, a causa tramitou em comarca pequena, fato que os advogados acabam se conhecendo proximamente e, então, caberia o substabelecimento a outro causídico, para oferecimento do recurso.

Nesse sentido é a jurisprudência:

> O fato de o advogado estar enfermo e impossibilitado de comparecer ao trabalho, conforme o prova atestado médico, não é causa interruptiva do prazo para a interposição do recurso, já que era de seu dever substabelecer o mandado que lhe fora outorgado (*RT* 606/218).

Com tais considerações e atento ao que consta do caderno processual, verificada a flagrante intempestividade, não conheço do recurso aviado.

Custas recursais, na forma da lei, pelo apelante, suspensa a exigência de tal verba por estar sob o pálio da assistência judiciária, nos termos da Lei Federal 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CABRAL DA SILVA e GUTEMBERG DA MOTA E SILVA.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

...

Indenização - Pessoa jurídica de direito público - Fornecimento de vacina - Obrigação assumida espontaneamente pelo ente em favor de munícipes infantes - Simulação durante três anos do ato de aplicação da vacina - Seringa desprovida da droga prescrita - Comprovação - Ato ilícito - Configuração - Nexo de causalidade - Presença - Violação a direitos da personalidade das crianças - Dano moral - Existência - Dever de indenizar - Valor - Fixação - Critérios - Litigância de má-fé - Falsificação de documentos - Configuração - Penalidade - Multa

Ementa: Indenização. Pessoa jurídica de direito público. Fornecimento de vacina hipossensibilizante para tratamento de alergia respiratória. Obrigação espontaneamente assumida pelo ente, em favor de munícipes infantes. Simulação, ao longo de três anos, do ato de aplicação da vacina. Seringa desprovida da droga prescrita. Comprovação. Ato ilícito. Configuração. Nexo de causalidade. Presença. Violação a direitos da personalidade das crianças. Dano moral. Existência. Dever de indenizar. Valor. Fixação. Critérios. Litigância de má-fé. Falsificação de documentos, com o fim de alterar a verdade dos fatos e ludibriar o juízo. Configuração. Penalidade. Multa. Recurso parcialmente provido.

- Restando comprovado nos autos que, durante período de quase três anos, o Município réu deixou de cumprir obrigação espontaneamente assumida em favor dos autores - crianças em tenra idade -, consistente no dever de aquisição de vacinas hipossensibilizantes destinadas ao tratamento de alergia respiratória que lhes acomete, e, mais, que, durante todo esse tempo, simulou, por meio de seus agentes, a aplicação do fármaco nos infantes, fazendo uso de seringas desprovidas da droga prescrita, evidentes estão o ato ilícito perpetrado pela Administração, os graves danos morais causados às crianças, em decorrência da violação à integridade física e moral, à dignidade e à própria vida das mesmas, bem como o nexo de causalidade entre a conduta do ente e o resultado danoso, afigurando-se inafastável o dever de indenizar.

- Caracteriza litigância de má-fé o ato de juntar aos autos documentação inidônea, sobre a qual recai grave suspeita de falsificação -, não infirmada pela parte responsável pela juntada -, com o fim de alterar a verdade dos fatos e ludibriar o Juízo, sendo impositiva a aplicação da penalidade de multa, na forma prevista no art. 18 do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0398.08.009151-3/001 - Comarca de Mar de Espanha - Apelantes: 1º) J.B.M.F., representado por sua mãe N.L.B., e outros - 2º) Município de Chiador - Apelados: J.B.M.F. e outros, Município de Chiador - Relator: DES. EDUARDO ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Andrade, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2011. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE - Trata-se de ação de indenização ajuizada por N.L.B., por si e representando seus filhos menores, J.B.M.F. e J.L.B.M., em face do Município de Chiador, objetivando o ressarcimento dos danos materiais e morais sofridos em decorrência da falta de efetiva aplicação de vacinas hipossensibilizantes nos segundos autores, destinadas ao tratamento de sua alergia respiratória, ao longo de um período aproximado de três anos, o que lhes acarretou complicações de saúde, caracterizadas por crise de alergia, impondo-lhes o uso de medicação forte e dispendiosa. Alegam terem sido ludibriados pelo Município réu, porquanto a agente municipal - segundo afirmam - simulava a aplicação da vacina, fazendo-lhes acreditar que o tratamento estava sendo realizado.

Adoto o relatório da v. sentença de origem, acrescentando-lhe que os pedidos foram julgados parcialmente procedentes para condenar o Município de Chiador a indenizar os autores J.B.M.F. e J.L.B.M. com a quantia de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), para cada um, a título de danos morais, a ser corrigida pelos índices do TJMG e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, desde a data da condenação, até o efetivo pagamento. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 20% do valor da condenação, observada a Lei nº 1.060/50 em relação à autora N.L.B. - parcialmente sucumbente -, em razão de litigar sob o pálio da justiça. O pedido de condenação por danos materiais e a pretensão deduzida pela autora N.L.B. foram rejeitados pelo il. Sentenciante (f. 269/273).

Inconformados, os autores interpuseram o presente recurso, objetivando a reforma parcial da sentença, a fim de que:

1. seja o Município condenado a indenizar também a autora N.L.B., mãe dos menores, pelos danos morais suportados ao longo dos três anos em que vivenciou o sofrimento dos filhos - que foram acometidos por graves crises alérgicas em razão da falta do tratamento devido;

2. seja majorado o valor da indenização por danos morais devida aos três autores, ao argumento de que a quantia fixada na sentença é insuficiente para compensar o abalo sofrido, tampouco para penalizar o requerido e desestimular a reincidência do ilícito;

3. seja o Município compelido a custear todo o tratamento alérgico dos autores, J.B.M.F. e J.L.B.M., indenizando o valor das vacinas já adquiridas e custeando as demais necessárias à conclusão do tratamento;

4. seja o Município condenado às penalidades por litigância de má-fé, com fundamento no art. 14, incisos I e II, e no art. 17, inciso II, todos do CPC.

Por fim, pugnam os apelantes para que o Ministério Público seja oficiado, a fim de apurar o cometimento dos crimes de lesão corporal e falsificação de documento (f. 276/310). Juntaram documentos de f. 311/327.

O Município de Chiador, por sua vez, interpôs o segundo recurso voluntário, objetivando a reforma da sentença, a fim de que os pedidos sejam julgados integralmente improcedentes, ao fundamento principal de que a sentença se encontra em desacordo com a prova produzida nos autos, não tendo sido levados em conta os depoimentos das testemunhas arroladas pelo ente (f. 330/335).

Os requerentes, segundos apelados, responderam ao apelo do Município, pugnando pelo seu desprovimento (f. 343/365).

Remetidos os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, o il. Representante do Ministério Público, Dr. Olavo Freire, opinou pelo desprovimento do recurso (f. 375/380).

Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Infere-se dos autos que N.L.B., por si e representando seus filhos menores, J.B.M.F. e J.L.B.M., ajuizou a presente ação de indenização em face do Município de Chiador, objetivando o ressarcimento dos danos materiais e morais sofridos em decorrência da falta de efetiva aplicação de vacinas hipossensibilizantes nos segundos autores, destinadas ao tratamento de sua alergia respiratória, ao longo de um período aproximado de três anos, o que lhes acarretou complicações de saúde, caracterizadas por crise de alergia, impondo-lhes o uso de medicação forte e dispendiosa. Alegam terem sido ludibriados pelo Município réu, porquanto a agente municipal - segundo afirmam - simulava a aplicação da vacina, fazendo-lhes acreditar que o tratamento estava sendo realizado.

O art. 37, § 6º, da atual Carta Magna orientou-se pela doutrina do Direito Público, mantendo a responsabilidade civil objetiva da Administração. Com efeito, a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Público independe da prova de culpa, bastando que se demonstre o nexo causal entre o ilícito e o dano. Portanto, em tais casos, o ônus da prova é invertido, vale dizer, compete ao ente federativo provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior.

No caso *sub examine*, tornou-se incontroversa, ante o silêncio do requerido, a alegação dos autores de que o Município de Chiador, desde o ano de 2005, se comprometeu a fornecer aos menores J.B.M.F. e J.L.B.M., à época com menos de dois anos de idade, as doses da vacina hipossensibilizante, contendo antígenos respiratórios específicos, necessárias ao tratamento da alergia respiratória que lhes acomete. Não há dúvida, portanto, da obrigação assumida espontaneamente pelo ente público, em favor dos requerentes.

Também não houve insurgência do Município contra a informação trazida pelos autores de que as vacinas, por possuírem dosagem e fórmula específicas para cada paciente, deveriam ser adquiridas, exclusivamente, no consultório do Dr. Luis Antônio Ribeiro Grillo - médico alergista responsável pelo tratamento dos infantes.

É o que bem observou il. Juiz *a quo,* na v. sentença:

> Verifico que o Município réu admite terem os autores se submetido a tratamento com aplicação de vacinas hipossensibilizantes, afirmando que adquirira as tais vacinas junto ao médico assistente dos requerentes em Três Rios, ou seja, o réu admite os fatos em que se funda a ação, arguindo em sua defesa fato extintivo do direito do autor, ou seja, a aquisição e efetiva aplicação do medicamento (f. 270).

A controvérsia, portanto, cingiu-se a saber se as vacinas antialérgicas eram, realmente, ministradas nas crianças - como sustenta o réu -, ou se tudo não passava de simulação levada a efeito por agentes públicos de saúde, que - segundo narrado pelos autores - faziam uso de seringas desprovidas da droga prescrita.

Pois bem.

Em que pese marcado por incoerências e abusos, reflexos do jogo político instalado no pano de fundo da causa, tenho que o farto conjunto probatório dos autos - analisado com cuidado e atenção - não deixa dúvidas do ilícito perpetrado pelo Município de Chiador, em detrimento da saúde, da integridade física e psíquica e da própria vida dos autores J.B.M.F. e J.L.B.M.

Conforme ressaltado, em momento algum dos autos foi questionado o fato de as vacinas, necessárias ao tratamento dos infantes, terem fonte única e exclusiva o consultório do Dr. Antônio Ribeiro Grillo. Não se cogitou, portanto, da hipótese de as substâncias terem sido, porventura, adquiridas pelo Município em outro laboratório ou consultório médico. Pelo contrário, a tese do requerido desenvolveu-se inteiramente em torno da alegação de que, sim, efetuou a compra das vacinas hipossensibilizantes perante o consultório médico do

Dr. Antônio Ribeiro Grillo, ao longo de todo o período compreendido entre os anos de 2005 e 2008, tendo o ente, inclusive, acostado aos autos pretensas cópias de recibos firmados pelo citado médico, referentes à venda das vacinas nesse interregno.

Ocorre que a prova testemunhal produzida nos autos, corroborada pela conduta processual do próprio requerido, cuidou de desconstituir, definitivamente, a tese do mesmo.

Vejamos.

Com efeito, quando do ajuizamento da ação, com a finalidade de comprovar o fato constitutivo do seu direito, os autores acostaram aos autos declaração de f. 22/23, firmada pelo Dr. Antônio Ribeiro Grillo, nos seguintes termos:

> Declaro para os devidos fins que J.B.M.F. e J.L.B.M. são portadores de alergia respiratória e necessitam fazer tratamento específico com vacinas hipossensibilizantes contendo os antígenos respiratórios específicos para tal patologia.
> Declaro que os referidos pacientes deveriam iniciar tratamento em abril de 2004, conforme exame em anexo.
> Ocorre que durante todo este período nenhuma dose da respectiva vacina fora vendida em nome de tais crianças (pacientes), tampouco existe nos arquivos deste consultório qualquer nota atestando a aquisição de tais vacinas pelo Município de Chiador/MG.
> Declaro, ainda, que, por ser eu o médico dos pacientes, tais vacinas deveriam ter sido adquiridas em meu consultório, pois a dosagem e a fórmula devem ser específicas para cada paciente, de tal forma que posso assegurar que neste dado período os pacientes ficaram sem o referido tratamento.
> Declaro, por fim, que o quadro apresentado por tais pacientes ao longo desses 04 anos demonstra de forma inequívoca a ausência do tratamento, ressaltando ainda, por ser de extrema relevância, que a 1ª dose adquirida pelo Município de Chiador em nome dos pacientes se deu em 19.05.2008.

No entanto, dizendo ser inverídica tal informação, o requerido trouxe aos autos, em contraposição, o documento de f. 44 (posteriormente desentranhado, cuja cópia ora consta de f. 147), datado de 02.08.2008 e assinado pelo mesmo médico, contendo a seguinte declaração:

> Declaro que as vacinas hipossensibilizantes de J. e J.B. foram adquiridas neste consultório, até esta data (f. 147).

E, visando respaldar sua tese, o Município de Chiador ainda juntou aos autos cópias de recibos, que ora constam das f. 148/156, relativas à alegada compra das vacinas, ao longo dos anos de 2006 e 2007.

Ato contínuo, os autores exibiram nova declaração, datada de 18.08.2008, também subscrita pelo Dr. Antônio Ribeiro Grillo, agora esclarecendo o seguinte:

> Vacinas para alergia respiratória, adquiridas neste consultório por J. e J.M.B. em:
> Dia: 03/05/2005 = 1 frasco de 3 ml - 06 doses.
> Dia: 21/06/2005 = 2 frascos de 3 mil - 06 doses.
> Dia: 02/08/2005 = 2 frascos de 3 ml - 06 doses.
> Dia: 19/05/2008 = 1 frasco de 3 ml - 06 doses.
> Dia: 09/06/2008 = 1 frasco de 3 ml - 06 doses.
> Dia: 21/06/2008 = 1 frasco de 3 ml - 06 doses.
> Dia: 09/08/2008 = 1 frasco de 3 ml - 06 doses.
> Não houve aquisição de vacinas no período de 02/08/2005 e 19/05/2008, conforme consulta em nossos registros (f. 76).

Diante desse conflito de informações, instalou-se a controvérsia.

Sucede que, por ocasião da audiência de instrução e julgamento realizada na Comarca de Três Rios, o médico, Dr. Antônio Ribeiro Grillo, e sua secretária, Mônica Regina Lopes Pereira, prestaram depoimento testemunhal e, indagados pelo Juízo, disseram o seguinte, no que ora interessa:

- Luiz Antônio Ribeiro Grillo:

> [...] que os menores consultaram com o depoente no SUS; que indicou o tratamento de vacinas aos menores; que em um determinado período era a família que pegava as vacinas; que houve um intervalo, e, em 2008, reiniciaram o tratamento; que neste interregno o depoente atendeu aos menores no consultório gratuitamente; [...] que, no início, as vacinas eram vendidas diretamente à autora; que esta parte da venda é feita diretamente pela secretária; que, a partir de 2008, as vacinas passaram a ser adquiridas diretamente por um funcionário da Prefeitura; que não reconhece como sua as assinaturas do documento A, de f. 22/23; que também não reconhece a assinatura dos documentos E [recibo de f. 150], F [recibo de f. 151] e G [recibo de f. 152], pois muito diferentes; que tem dúvida em reconhecer as assinaturas dos documentos C [recibo de f. 148] e D [recibo de f. 149]; que reconhece a assinatura do documento I; [...] que o depoente foi procurado pela autora acerca do caso e fez uma declaração por escrito sobre o ocorrido; que então o patrono da autora fez uma declaração por escrito que foi assinada pelo depoente; que reconhece como sendo a declaração do documento A [f. 22/23]; que de fato assinou o documento A; que, depois da referida declaração, o depoente foi procurado por funcionários da Prefeitura de Chiador; que não foi pressionado a prestar a declaração de f. 44; que a declaração confere com o registro do consultório; que o depoente, no documento de f. 44, informou que as vacinas foram adquiridas no consultório; que confirma a declaração I; que a secretária tem controle de todas as vacinas que saem do consultório; [...] que, em relação ao documento de f. 44, o depoente esclarece que o tratamento se iniciou em 2005 e teve um hiato, recomeçando no ano passado (maio de 2008); [...] que confirma apenas o que está registrado; que as vacinas só são lançadas no caderno após pagas; que o recibo é entregue àqueles que pedem; que é o depoente quem assina os recibos; que novamente indagado passou a não reconhecer a assinatura dos documentos C [recibo de f. 148] e D, [recibo de f. 149], pois não tem os 03 pontinhos; que, porém, às vezes, não assina os três pontinhos (f. 141/142).

- Mônica Regina Lopes Pereira:

> [...] que trabalha no consultório do Dr. Grilo desde 1998; que há cadernos com anotações diárias de venda das vacinas; que a vacina é feita por nome dos pacientes; que é a depoente quem faz o controle da venda das vacinas; que conhece a assinatura do Dr. Grilo; que reconhece como sendo a assinatura do Dr. Grilo a do documento A (ora juntado e que corresponde à f. 23 do processo originário); que foram funcionários da Prefeitura para conversar com o Dr. Grilo; que o Sr. Vanderlei foi uma das pessoas que foi ao consultório; que a depoente esclareceu ao Sr. Vanderlei como se faz o processo de venda da vacina; que não chegou a ter desentendimento com o Sr. Vanderlei; que o Dr. Grilo chamou a depoente na sala para explicar ao Sr. Vanderlei como era o processo de venda da vacina; que foi a depoente quem fez o documento I [f. 76] e que a assinatura é do Dr. Grilo; que confirma o teor do documento [f. 76]; que não reconhece a assinatura dos documentos C, D, E, F e G como sendo do Dr. Grilo; que também não reconhece como sua a letra dos documentos; que, em regra, é a depoente quem preenche os recibos [...]; que a depoente tem todo o controle de vacinas dos autores; [...] que a Prefeitura passou a pedir recibos; [...] que, após ler o resumo de seu caderno, afirmou que a Prefeitura adquiriu 08 vezes a vacina, em 2008, sendo que as três últimas aquisições foram de 02 frascos; que, antes de 2008, nenhum funcionário da Prefeitura adquiriu no consultório [...] (f. 143/144).

Do acima exposto, pode-se extrair, em síntese, o seguinte:

1. embora, num primeiro momento, o Dr. Luiz Antônio Ribeiro Grillo tenha hesitado em reconhecer como sua a assinatura aposta na declaração de f. 22/23 (documento A), o mesmo se retratou, em seguida, confirmando a veracidade da assinatura e do teor do documento. A secretária Mônica Regina Lopes Pereira, por sua vez, não teve dúvida em reconhecer a autenticidade do documento;

2. o documento de f. 76 (documento I), que reforça a ausência de aquisição de vacinas pelo Município no período de 02.08.2005 a 19.05.2008 não foi infirmado em momento algum, nem pelo médico, nem pela secretária;

3. as assinaturas apostas nos recibos juntados pelo requerido (f. 148/152), dando conta de suposta aquisição de vacinas, junto ao consultório do Dr. Luiz Antônio Ribeiro Grillo, nos anos de 2006 e 2007, não foram reconhecidas pelo médico - suposto subscritor -, tampouco por sua secretária, que com ele trabalha desde o ano de 1998;

4. o teor do documento de f. 44 (cópia à f. 147) foi esclarecido pelo médico/subscritor, que ressalvou, com clareza: "o tratamento se iniciou em 2005 e teve um hiato, recomeçando no ano passado (maio de 2008).

Impõe-se ressaltar, por oportuno, que, em face da suspeita de falsificação dos recibos juntados aos autos pelo requerido (cópias às f. 148/152), levantada pela parte autora, o il. Juiz *a quo* determinou ao Município que exibisse os respectivos originais, no prazo de 10 dias (f. 100), o que, todavia, não foi cumprido pelo ente, ensejando a ordem de desentranhamento de f. 176, contra a qual não houve interposição de recurso, ou mesmo qualquer manifestação de inconformismo por parte do requerido.

Diante desse cenário, tornou-se inafastável, a meu juízo, a conclusão de que a parte autora se desincumbiu, validamente, da prova do fato constitutivo de seu direito - por meio, principalmente, das declarações e do testemunho prestados pelo Dr. Luiz Antônio Ribeiro Grillo e de sua secretária -, e, em contrapartida, o Município não demonstrou, através de prova legítima e idônea, que comprara as vacinas hipossensibilizantes, destinadas ao tratamento da alergia de J.B.M.F. e J.L.B.M., no período de 2005 a 2008.

Sendo assim, afiguram-se-me de todo irrelevantes e inócuos, *data venia*, os depoimentos prestados na segunda audiência de instrução e julgamento, realizada em 28 de abril de 2008 (f. 196/204), na qual, em suma, agentes municipais da área de saúde atestaram a idoneidade da Sr.ª Anemilcy - quem aplicava as vacinas nas crianças - e afirmaram haver presenciado algumas das oportunidades em que foram aplicadas as vacinas, dizendo nada terem notado de irregular.

E assim me parece, por dois motivos.

Primeiramente porque, como bem observaram os recorrentes, os referidos depoimentos apresentaram-se, em alguns momentos, contraditórios e inconsistentes. As testemunhas Elisa Vieira Nunes e Anunciata Redes Antunes, por exemplo, demonstraram completo desconhecimento acerca dos fatos em questão. A testemunha Cláudia Milidina da Silva Lino, por sua vez, embora tenha afirmado que presenciara, por cerca de três vezes, a preparação das vacinas, reconheceu nunca ter visto a aplicação das mesmas. Outrossim, não surpreende o fato de a testemunha Adriana Barbosa de Moura Freitas nunca haver notado qualquer irregularidade na preparação das vacinas pela Sr.ª Anemilcy, já que também não notou qual o modelo de seringa usado nas aplicações, o que denota não ter conhecimento seguro a respeito da questão. Já o relato da testemunha Mariana Rezende Banhato deve ser visto, a meu ver, com ressalvas, pois ela também participou do tratamento das crianças, tendo ministrado, por várias vezes, as vacinas ora em comento, sendo intuitivo, portanto, que o desfecho da demanda repercute, diretamente, sobre os seus interesses.

O segundo motivo, acima anunciado, consiste no fato de ter sido comprovado nos autos, de maneira inconcussa, que o Município réu não comprou, no período compreendido entre 2005 e 2008, as vacinas destinadas ao tratamento dos infantes/autores. Assim, se não havia vacina a ser ministrada, porque não foram adquiridas, lógico é que o tratamento não foi realizado da maneira devida, sendo irrelevante que o procedimento de aplicação das injeções se tenha repetido,

periodicamente, ao longo desses três anos, já que a substância contida nas seringas - se é que havia - não era, com toda a certeza, a específica vacina de que os autores necessitavam.

Em vista de todo o exposto, caracterizado está, a meu sentir, o ato ilícito perpetrado pelo Município de Chiador, visto que, ao longo de três anos, deixou de cumprir um dever ao qual ele próprio se obrigou, qual seja a de promover, adequadamente, o tratamento da alergia dos requerentes, mediante aquisição e aplicação das vacinas antialérgicas. Melhor dizendo, o ato do Município se caracteriza, não por uma omissão, mas por uma conduta comissiva, consciente e deliberada, consistente em ministrar nos infantes J.B.M.F. e J.L.B.M., por meio de seus servidores, substância diversa daquela sabidamente devida, colocando em risco a saúde dos mesmos.

De outra sorte, não há que se negar também o nexo de causalidade entre o ato praticado pelo requerido e o sofrimento suportado pelos menores, vítimas do "falso tratamento".

No mais, o dano moral sofrido pelos requerentes J.B.M.F. e J.L.B.M., não estivesse - como está - robustamente evidenciado nos autos, seria, de qualquer maneira, presumido. Isso porque a Constituição de 1988 consagrou o direito à indenização pelo chamado dano moral puro (art. 5ª, V), indenizável a partir do momento em que o ato ou fato danoso causa ao ofendido dor, molestação ou angústia. O ofendido não precisa fazer prova desses incômodos, bastando provar o ato ou fato danoso e o seu causador.

Nesse sentido, o colendo STJ:

> Responsabilidade civil. Dano moral. Violação. Direitos da personalidade. Intimidade. Veiculação. Lista telefônica. Anúncio comercial equivocado. Serviços de massagem.
> 1. A conduta da prestadora de serviços telefônicos, caracterizada pela veiculação não autorizada e equivocada de anúncio comercial na seção de serviços de massagens, viola a intimidade da pessoa humana ao publicar telefone e endereço residenciais.
> 2. No sistema jurídico atual, não se cogita da prova acerca da existência de dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, dentre eles a intimidade, imagem, honra e reputação, já que, na espécie, o dano é presumido pela simples violação ao bem jurídico tutelado.
> 3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido (REsp 506437/SP - Relator Ministro Fernando Gonçalves - Quarta Turma - Julgado em 16.09.2003 - *DJ* de 06.10.2003, p. 280).

Na espécie vertente, o Dr. Luiz Antônio Ribeiro Grillo, médico responsável pelo tratamento de J.B.M.F. e J.L.B.M., afirmou em juízo:

> [...] que o depoente acredita que as crianças tenham ficado doentes no período em que ficaram sem a vacina; que, após a continuação do tratamento, houve melhora; que é mais raro acontecer a crise durante o tratamento; [...] que o tratamento é para melhorar as condições de vida da criança; que nada impede que fiquem sem fazer o tratamento; que, sendo o feito o tratamento, é evidente que as condições futuras serão infinitamente melhores; [...] (f. 141/142).

A respeito do estado de saúde dos infantes, também disse a testemunha Ladir Lima da Silva:

> [...] foi auxiliar de enfermagem em Penha Longa por mais de trinta anos; [...] a depoente é vizinha da autora N., tendo atendido os autores no posto de Penha Longa, durante crises em que apresentavam falta de ar, tosse e sufocação, já tendo também socorrido a autora N., permitindo que essa ligasse de sua casa para o médico assistente das crianças em Três Rios; a depoente encontra-se afastada das atividades de enfermagem há cinco anos, sendo que neste período também chegou a prestar auxílio à autora em função das crises das crianças; [...] (f. 201).

O relato da testemunha Janaína Flores de Matos, que, depois da suspeita levantada em torno do tratamento conduzido pelo Município, passou a aplicar as vacinas nos requerentes, também evidenciou o delicado quadro de saúde vivenciado pelos menores durante o "falso tratamento", bem assim a melhora sentida depois da retomada do tratamento adequado, como se verifica das f. 203/202.

Diante do exposto, parece-me inquestionável a violação aos mais basilares direitos da personalidade dos autores J.B.M.F. e J.L.B.M., tais como à integridade física, psíquica e à própria vida dos mesmos - crianças em tenra idade que, ao longo de quase três anos, foram submetidas a desgastante e penoso "falso tratamento", que, logicamente, não produziu os efeitos esperados. Inegável, portanto, o grave abalo moral sofrido.

Assim, demonstrados nos autos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil do Município, inexorável é a obrigação de indenizar.

Em tempo, todavia, ressalto que, no tocante à pretensão indenizatória deduzida pela autora N.L.B., entendo que não pode prosperar, visto que, embora inegáveis a aflição e o sofrimento suportados por ela, na condição de mãe, somente há se falar em violação a direitos da personalidade em relação aos autores J.B.M.F. e J.L.B.M., verdadeiras vítimas do descaso e da irresponsabilidade do réu.

E na lição de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald:

> [...] todo dano moral é decorrência de violação a direitos da personalidade, caracterizado o prejuízo pelo simples atentado aos interesses jurídicos personalíssimos, independente da dor e do sofrimento causados ao titular - que servirão para fins de fixação do *quantum* indenizatório (*Direito civil* - teoria geral. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 162).

Sendo assim, o pedido de fixação de indenização por danos morais também em favor da autora N.L.B. não pode mesmo prosperar, *permissa venia*.

Igualmente, entendo descabida a pretensa reparação por danos materiais, em razão dos motivos bem colocados pelo il. Juiz *a quo*, na v. sentença, que integro à presente fundamentação, com pedido de vênia a S. Ex.ª:

> [...] o pedido de responsabilização do Município réu por tratamentos eventuais e futuros me soa incabível, pois importaria em estabelecer uma responsabilidade prévia em razão de evento futuro e incerto a título de danos emergentes, não havendo sequer indícios nos autos de sofrerem os mencionados autores enfermidades ou sequelas resultantes da conduta, causa de pedir do processo (f. 271).

Assim, a pretender obter do Poder Público o fornecimento das vacinas e de eventuais medicamentos necessários ao tratamento da alergia respiratória, deverão os autores diligenciar a tempo e modo.

Retomando, tem-se que, relativamente ao valor a ser arbitrado para os danos morais devidos aos autores J.B.M.F. e J.L.B.M., este deve guardar perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e do seu efeito lesivo, bem assim com as condições sociais e econômicas da vítima e do autor da ofensa.

Nesse contexto, considerando-se a gravidade do ato cometido pelo Município, altamente reprovável e ofensivo à dignidade dos menores, os danos morais fixados em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), para cada um, afiguram-se, *data venia*, irrisórios e incapazes de promover a adequada reparação do dano, devendo, portanto, ser majorados para a quantia equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos, para cada um dos menores, conforme opinou o il. Promotor de Justiça, Dr. Celes George Serra de Souza (f. 267) -, patamar este que, a meu ver, melhor se ajusta às especificidades do caso concreto.

Resta apenas, a essa altura, analisar o pedido dos primeiros apelantes de condenação do Município às penas por litigância de má-fé.

Invocam os apelantes, para tanto, o disposto nos incisos I e II do art. 14 e nos incisos I e II do art. 17, ambos do CPC. Confira-se:

> Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:
> I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
> II - proceder com lealdade e boa-fé;
> [...]
> Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
> I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
> II - alterar a verdade dos fatos; [...].

Razão assiste aos primeiros apelantes, a meu juízo.

Com efeito, a conduta processual do Município de Chiador desviou-se, inteiramente, dos princípios da lealdade e da improbidade, preconizados, em especial, nos incisos I e II do art. 14 do CPC.

Ainda que os recibos, cujas cópias se encontram às f. 148/152, não tenham sido submetidos à prova pericial grafotécnica, verifica-se que a própria postura do Município, somada ao alto grau de suspeição gerado em torno das assinaturas apostas nos referidos documentos - muito diferentes daquela assinatura, verdadeira, constante do documento de f. 146, conforme se percebe a olho nu -, cuidou de revelar, inequivocamente, a inidoneidade da referida documentação.

É que, conforme já ressaltado acima, em virtude da suspeita de falsificação dos recibos de f. 148/152, juntados aos autos pelo requerido, o il. Juiz *a quo* determinou ao mesmo que exibisse os respectivos originais, no prazo de 10 dias (f. 100), o que, todavia, não foi cumprido pelo ente, ensejando a ordem de desentranhamento de f. 176, contra a qual não houve interposição de recurso, ou mesmo qualquer manifestação de inconformismo.

Com isso, tornou-se evidente o assentimento ficto do Município em relação à suspeita de falsificação dos recibos, o que, sem dúvida alguma, caracteriza litigância de má-fé, sobretudo porque, por meio dos referidos documentos, o ente objetivava comprovar um fato inverídico, criado para se contrapor à pretensão dos autores.

E, em vista dessas circunstâncias, claro me parece o dolo existente na conduta do requerido, que, deliberadamente, buscava alterar a verdade dos fatos e ludibriar o Juízo.

Assim, fixo a multa por litigância de má-fé em 1% (um por cento) do valor da causa, na forma do art. 18 do CPC, quantia a ser revertida em favor da parte autora, nos moldes do art. 35 do mesmo diploma legal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao primeiro recurso, para:

1. fixar a indenização a título de danos morais no valor equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos, para cada um dos autores, J.B.M.F. e J.L.B.M.;

2. condenar o requerido ao pagamento de multa por litigância de má-fé, no valor equivalente a 1% (um por cento) do valor dado à causa (R$ 87.150,00), a ser revertido em benefício da parte autora.

Nego provimento ao segundo recurso.

Mantidos os ônus sucumbenciais.

Conforme requerido pelos primeiros apelantes, remeta-se cópia integral do presente feito ao Ministério Público oficiante no Juízo de origem, a fim de tomar as providências que entender cabíveis, diante da existência de notícia relativa a crime de ação penal pública, tudo na forma do art. 40 do Código de Processo Penal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GERALDO AUGUSTO e VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

. . .

Agravo regimental - Agravo de instrumento convertido em retido - Decisão irrecorrível

Ementa: Agravo regimental. Agravo de instrumento convertido em retido. Decisão irrecorrível.

- O advento da Lei 11.187/2005 sepultou quaisquer controvérsias acerca da impossibilidade de interposição de agravo regimental, nas hipóteses de conversão do agravo de instrumento em retido.

AGRAVO Nº 1.0024.11.010397-5/002 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: S.M.S. - Agravado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. KILDARE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NÃO CONHECER DO RECURSO.

Belo Horizonte, 2 de junho de 2011. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. KILDARE CARVALHO (Relator) - Trato de agravo regimental interposto por S.M.S. contra a decisão de f. 77/79-TJ, que indeferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento por ele interposto contra despacho proferido em sede de mandado de segurança.

Alega o agravante que a conversão do agravo em retido retiraria sua própria utilidade, na medida em que o único propósito da interposição do recurso seria a sustação da decisão interlocutória. Aduz que o julgamento do agravo apenas ao final fará com que esvazie seu objeto, o que estaria em confronto com os princípios constitucionais do duplo grau de jurisdição, contraditório e ampla defesa. Sustenta que a conversão do agravo em retido no caso dos autos, além de não se mostrar razoável, encontraria óbice no texto legal, diante do risco de dano irreversível a ele. Requer, ao final, seja exercido o juízo de retratação ou, em caso de manutenção do provimento, seja o recurso submetido ao colegiado.

Após uma nova minuciosa análise dos autos, tenho, com a devida vênia, que o provimento judicial que converteu o presente recurso em agravo retido não merece qualquer alteração, haja vista que não trouxe o agravante quaisquer elementos novos contundentes, capazes de alterar minhas razões de decidir, além de ser controversa a possibilidade do manejo do presente recurso.

Assim, mantenho a r. decisão.

DES. SILAS RODRIGUES VIEIRA - Trata-se de agravo regimental manejado por S.M.S. contra a r. decisão monocrática de f. 77/79-TJ, via da qual o eminente Relator, Desembargador Kildare Carvalho, indeferiu o pedido de concessão de efeito suspensivo e converteu o agravo de instrumento em retido.

Em que pesem os relevantes argumentos erigidos pela agravante, coerente com o posicionamento por mim adotado quanto ao cabimento do agravo regimental, de ofício, suscito à apreciação da Turma Julgadora preliminar de não conhecimento do presente recurso.

A meu ver, o advento da Lei nº 11.187/2005 sepultou quaisquer controvérsias acerca da impossibilidade de interposição de agravo regimental, nas hipóteses de conversão do agravo de instrumento em retido, como no caso. É o que se depreende da redação do art. 527, II, e parágrafo único, do CPC, *verbis*:

> Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:
> [...]
> II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;
> [...]
> Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.

Corroboram o entendimento supra as palavras de Athos Gusmão Carneiro:

> Em um ponto, todavia, a nova lei adotou posição relevante, dirimindo, ou pretendendo dirimir, antigas dúvidas no alusivo ao emprego do agravo interno para impugnar as decisões monocráticas do relator, proferidas conforme dispõe o art. 527 do CPC.
> Assim, pelo 'novo' parágrafo único do art. 527, tornaram-se irrecorríveis as decisões do relator, nos casos previstos nos incisos II e III do mesmo artigo; ou seja, o agravo interno não é mais cabível:
> 1) das decisões de conversão do agravo de instrumento em retido; e,
> 2) das decisões pelas quais o relator suspende a eficácia da decisão agravada ou antecipa, total ou parcialmente, a tutela solicitada em nível recursal (este impropriamente chamado 'efeito ativo', adequado aos casos de decisão agravada de conteúdo negativo) (Do recurso de agravo ante a Lei nº 11.187/2005, *BDJur* - STJ, dez./2005, p. 15/16).

Trago, ainda, o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça a respeito da questão:

> Processual civil. Tutela antecipada concedida pelo Tribunal *a quo*. Conversão do agravo de instrumento em agravo retido.

> Art. 527, inciso II, do Código de Processo Civil. Agravo interno. Impossibilidade. Requisitos reexame de prova. Aplicação da Súmula nº 07 do STJ. Precedentes. Decisão mantida pelos seus próprios fundamentos.
> 1. Nos termos da regra do art. 527, parágrafo único, do Código de Processo Civil, é irrecorrível a decisão que converte o agravo de instrumento em agravo retido, facultando à parte apenas formular pedido de reconsideração ao próprio relator, sendo descabida a interposição de agravo interno da referida decisão. Precedentes.
> 2. É cabível a impetração do mandado de segurança contra a decisão de conversão de agravo de instrumento em retido, em razão do reconhecimento da irrecorribilidade da decisão de conversão por meio do agravo regimental. Precedentes.
> 3. Recurso especial conhecido e desprovido (STJ - REsp 1032924/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, 02.09.2008, *DJe* de 29.09.2008).

Quanto ao pedido de reforma da decisão no que tange ao indeferimento do efeito suspensivo pelo eminente Relator, também entendo não ser cabível a interposição de agravo regimental.

Isso porque entendo que inexiste previsão em lei ou no Regimento Interno deste TJMG a amparar o manejo de agravo regimental contra decisões atinentes à concessão de efeito suspensivo.

A propósito, as lições de Theotonio Negrão:

> Mesmo antes da Lei 11.187, de 19.10.05, a jurisprudência já apontava para a irrecorribilidade da decisão do relator que delibera sobre efeito suspensivo ou tutela antecipada recursal em matéria de agravo (*JTJ* 202/288, *JTJ* 203/229, *RF* 338/309) (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 40. ed. Ed. Saraiva, 2008, p. 709).

Com essas colocações, não conheço do recurso.

Sem custas.

É como voto.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - De acordo com o Relator.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

...

Ação civil pública - Transporte escolar - Supressão por negligência da Administração - Impossibilidade - Antecipação de tutela - Cabimento

Ementa: Administrativo. Ação civil pública. Supressão do transporte escolar de crianças por negligência da Administração. Impossibilidade. Tutela antecipada. Cabimento.

- É obrigação do Município prover o transporte escolar das crianças que residem em local distante do estabelecimento de ensino, não sendo lícito reformar a decisão concessiva da tutela antecipada quando a apreensão dos veículos que eram utilizados para tal mister é fruto da negligência do administrador.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0183.10.011993-6/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Agravante: Município de Itaverava - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ALBERTO VILAS BOAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Andrade, 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, 5 de abril de 2011. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do recurso.

1. Questões preliminares.

1.1. Nulidade da decisão.

A decisão concisa e objetiva não é idêntica ao pronunciamento judicial desprovido de fundamentação. Ao expor os fatos e explanar sobre a imprescindibilidade do transporte para a efetivação do direito à educação dos alunos residentes no Município e sustentar estar presente a verossimilhança nas alegações do Ministério Público, o Juiz *a quo* declinou suas razões de decidir.

Rejeito a preliminar.

1.2. Inépcia da inicial.

No que tange à alegação de inépcia da inicial, saliento que os limites do recurso são estabelecidos pelo conteúdo da decisão recorrida. Sendo assim, na medida em que a inépcia da inicial não foi deliberada no pronunciamento agravado, descabe a esta Corte debater o tema, o que implicaria supressão de instância.

Rejeito a preliminar.

2. Mérito.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Itaverava objetivando a reforma da decisão oriunda do Juízo da Comarca de Conselheiro Lafaiete, que, no âmbito da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, deferiu a liminar para que o agravante disponibilizasse transporte em quantidade suficiente para a condução de todos os alunos, especialmente os da localidade de Monsenhor

Izidoro e que frequentam a Escola Noema Nogueira, no prazo de 48 (quarenta e oito), sob pena de pagamento de multa diária de R$ 1.000,00 para cada aluno não transportado e para cada dia de ausência às aulas.

Sustenta o recorrente que a gestão municipal foi sempre no sentido de efetivar o acesso à educação, tendo a interrupção no transporte escolar se dado por circunstâncias alheias aos atos da Prefeitura.

Informa que vinha regularmente efetuando o transporte dos alunos das comunidades denominadas: Moreiras, Sumidouro e Olhos D' Água para a Escola Estadual Noemi Nogueira, quando, em 27 de agosto de 2010, teve os três veículos que atendiam às comunidades apreendidos por autoridade policial, por falta de manutenção e documentação atrasada.

Alega que, após receber requisição da 2ª Promotoria de Justiça/Curadoria dos Direitos da Criança e do Adolescente da Comarca de Conselheiro Lafaiete, em 31.08.2010, editou o Decreto Municipal nº 047/2010 para autorizar a contratação direta da prestação de serviços de transporte dos alunos, regularizando quase todo o transporte com a contratação de um ônibus e uma Kombi.

Assim, o agravante informa que o transporte não foi suspenso, mas apenas reduzido, circunstância que, sob sua ótica, elide a pretensão do Ministério Público.

Assevera, por fim, que a aplicação da multa tal como estipulada pelo Juiz *a quo* não deve prosperar, "sob pena de locupletamento ilícito da 2ª Promotoria de Justiça/Curadoria dos Direitos da Criança e do Adolescente da Comarca de Conselheiro Lafaiete e favorecimento ao Fundif".

Conforme destaquei ao indeferir o pedido de efeito suspensivo, não obstante a delicada situação financeira alegada pelo recorrente, inexistem, nos autos, elementos de prova que demonstrem a total impossibilidade de se executar o transporte escolar de acordo com a demanda do Município.

No caso em exame, a redução do transporte incorre, na realidade, em considerável dano, tal qual a sua suspensão total, e, assim, não há como aceitar que alguns alunos sejam atendidos e outros não.

Outrossim, o risco de dano irreversível revela-se acentuadamente mais sensível para os estudantes, que, sem o transporte, estarão impedidos de frequentar as aulas. Conforme se extrai da declaração de f. 129, prestada por Juliana Maria Lara Hermenegildo, Vice-Diretora da Escola Estadual Professora Noemi Nogueira, muitos dos alunos residem a mais de dezessete quilômetros dos estabelecimentos de ensino.

Por conseguinte, é visível que a atuação do recorrido objetivou impedir a consumação de dano irreparável ou de difícil reparação em face dos alunos que eram atendidos pelo transporte escolar, forma facilitadora da frequência à escola e que permite conservá-los em condições de prosseguir nos estudos de forma regular.

Os interesses dos alunos beneficiados pelo transporte escolar - que é uma obrigação do Município, a teor do art. 10, VI, da Lei nº 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação - não poderiam ser sacrificados pela negligência do Poder Público na conservação dos veículos empregados para tal mister. Aliás, é previsível que os veículos devam ser rotineiramente inspecionados - para a segurança dos usuários - e dotados dos documentos necessários ao tráfego viário, e, assim, a insuficiência ou inexistência do transporte após a apreensão dos ônibus não pode ser tolerada em face dos interesses das crianças que objetivam frequentar, no âmbito municipal, as aulas.

No que concerne à imputação da multa diária, é preciso dizer que sua função é intimidatória, a fim de compelir o réu a satisfazer a obrigação e impedir que o interesse coletivo que se objetiva preservar não seja lesado por ato voluntário da parte.

Logo, o objetivo do autor não é arrecadar a multa e dar destinação a determinado fundo, mas sim valer-se da possibilidade de ser imposta, para que fique desfeita a inércia do Poder Público na tutela de direito fundamental das crianças.

Saliento, por fim, que não há como acatar o pedido formulado pelo agravado para fixar sanção por litigância de má-fé ao agravante.

Ora, o réu tem o legítimo interesse de impugnar a decisão judicial que lhe é desfavorável, desde que o faça nos estritos limites permitidos pela legislação e não atue de forma a procrastinar o regular andamento da causa.

Fundado nessas razões, nego provimento ao recurso.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO ANDRADE e GERALDO AUGUSTO.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Usucapião extraordinária - União estável - Composse - Morte do companheiro/proprietário - Posse exclusiva da companheira sobrevivente - Prova - Declaração de propriedade deferida - Herdeiros - Usucapião - Pretensão não demonstrada

Ementa: Direito civil. Usucapião. Companheira. Posse *pro suo*. Requisitos de alcance. Prova.

- A companheira sobrevivente, quanto ao imóvel de residência do casal, provado o exercício da posse *pro suo*, sobretudo com exclusividade a partir do óbito do companheiro, tem ação de usucapião, e a tutela jurídica da propriedade não pode deixar de ser deferida, ante a prova cabal dos requisitos de alcance.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0144.07.022104-5/001 - Comarca de Carmo do Rio Claro - Apelantes: H.J.V.M. e outra - Apelada: J.A.M. - Litisconsorte: M.D.C., interessados representados pelo curador - 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, sob a Presidência do Desembargador Saldanha da Fonseca, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de maio de 2011. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Conheço do recurso porque próprio e tempestivo.

Trata-se de ação de usucapião extraordinário. Na petição inicial a autora alega que o imóvel em questão (Rua Geraldo Andrade Vilela, 94) pertencia a J.V.M., há mais de 10 (dez) anos, isto é, desde 1994, com quem mantinha uma relação de união estável desde 1998. J.V.M. faleceu no ano de 2006 e no imóvel tinha a intenção de construir, pois desejava constituir família com a requerente. Quando passou a residir no imóvel, em 1988, fez algumas reformas.

Pedido julgado procedente, para declarar em favor da apelada o domínio do imóvel usucapiendo, conforme descrito na inicial e melhor caracterizado nos documentos de f. 06/11, com área de 548,00m^2, tudo em conformidade com o art. 550 do CC/16 e art. 2.028 do CC/02 (f. 157/160).

Os herdeiros de J.V.M. (f. 161/163) sustentam que a respeitável sentença se afastou das regras do direito de sucessão, isso porque, com a morte do autor da herança, o domínio e a posse se transferem aos herdeiros. Assim, parte do imóvel usucapiendo transferiu-se à convivente (apelada), passando o restante para os demais sucessores, também herdeiros do espólio. Nesse sentido manifestou-se o Ministério Público, base da pretensão recursal.

A jurisprudência orienta:

> Composse. O usucapião na composse é possível desde que o coproprietário da coisa em comum exercite a posse *pro suo*, e com exclusividade. O usucapião extraordinário, em favor de condômino contra outro, é possível sempre que tenha a exclusividade de uma posse localizada (*RT* 464/101, *RF* 122/208; *RT* 168/752, 238/411, 247/603, 247/174, 352/445, 449/248, 524/79) (Oliveira, *APMP* 113).

A apelada, por força de união estável encerrada pelo óbito de seu companheiro (f. 66/69), provou que com ele exercia e continuou a exercer a posse do imóvel usucapiendo, no qual residiam (f. 134/139), com exclusividade, sobretudo depois de cessada a composse mantida com o companheiro falecido, cuja posse à sua não poderia deixar de ser somada.

Nesse contexto, não cabe falar em usucapião de parte de imóvel, cabendo a outra parte para os herdeiros do companheiro da apelada. É que a posse posta *sub judice* é a exclusiva da apelada, já que pedido de usucapião por parte do espólio de J.V.M. não consta dos autos.

Importante perceber que a hipótese não é de transmissão de herança para companheira e herdeiros, já que a posse é fato que necessita ser provado, para que a propriedade possa vir a ser declarada por sentença. O que se tem nos autos, consoante já anotado alhures, é a apelada reclamando declaração de propriedade de sua posse exclusiva. Logo, a sentença recorrida, mantendo a correlação entre pedido e causa de pedir (CPC 460), não carece de ajuste.

É certo que o espólio de J.V.M. (hedeiros) não estava impedido de requerer e obter declaração de usucapião, desde que provasse os requisitos de alcance dessa tutela jurídica. Nesse caso, se tutelada essa pretensão, a propriedade usucapida pela apelada estaria sujeita a outra definição quanto à declaração de domínio. Nada nesse sentido foi pedido nestes autos (f. 02/03 e f. 16/19).

Em suma, a companheira sobrevivente, quanto ao imóvel residência do casal, provado o exercício da posse *pro suo*, sobretudo com exclusividade a partir do óbito do companheiro, tem ação de usucapião, e a tutela jurídica da propriedade não pode deixar de ser deferida, ante a prova cabal dos requisitos de alcance.

Pelo exposto, nego provimento à apelação, para confirmar a respeitável sentença.

Custas, pelos apelantes, suspensa a exigibilidade, na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES NILO LACERDA e ALVIMAR DE ÁVILA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Sindicato - Contribuição sindical - Cobrança - Câmara Municipal - Servidores públicos - Ausência de representatividade - Base territorial da entidade - Município não incluído - Previsão estatutária - Registro no Ministério do Trabalho e Emprego - Necessidade - Princípio da unicidade sindical - Art. 8º, inciso II, da Constituição Federal

Ementa: Apelação cível. Sindicato. Cobrança de contribuições sindicais. Câmara Municipal. Servidores públicos. Ausência de representatividade. Município não incluído na base territorial da entidade. Previsão estatutária. Necessidade de registro no Ministério do Trabalho e Emprego. Princípio da unicidade sindical. Art. 8º, inciso II, da Constituição da República.

- A exigência da contribuição sindical pressupõe a existência de representatividade da categoria profissional ou econômica da qual se pleiteia a prestação.

- Não havendo prova do registro no Ministério do Trabalho e Emprego que contemple o Município de Pedrinópolis na base territorial do sindicato, não há como se afirmar a presença do direito subjetivo de ação, porquanto inexistente o direito material que lhe daria origem.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0498.09.014874-9/002 - Comarca de Perdizes - Apelante: S.S.P.M.P.C.A.M.P.A. - Apelada: Câmara Municipal de Pedrinópolis - 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, sob a Presidência do Desembargador Bitencourt Marcondes, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2011. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Trata-se de "ação de cobrança da contribuição sindical c/c obrigação de fazer e indenização substitutiva com pedido de antecipação de tutela *inaudita altera parte*" ajuizada pelo S.S.P.M.P.C.A.M.P.A., em face da Câmara do Município de Pedrinópolis, objetivando "cobrar do requerido o dever de cumprir a obrigação de fazer relativa ao cálculo, ao recolhimento e ao repasse da Contribuição Sindical Anual", ao argumento de que:

> referido instituto foi inserido na parte final do inciso IV do art. 8º da CRFB, ratificado pelo inciso II do art. 217 do Código Tributário Nacional, e foi regulamentado na CLT a partir do art. 578, de modo a ser recolhido no mês de março e/ou nos meses seguintes, estes últimos na forma do art. 602 da CLT, relativas a 2009 e anos vincendos.

E que:

> Concomitantemente à cobrança, o requerente postula a conversão da obrigação de fazer o cálculo e o recolhimento da Contribuição Sindical dos anos de 2007 e 2008, em perdas em danos convolados em indenização substitutiva (f. 03).

O MM. Juiz de primeiro grau, às f. 186/190, julgou extinto o processo sem resolução de mérito, reconhecendo a ilegitimidade ativa *ad causam* do autor, ao asseverar que:

> Desmerecida a assertiva em que se funda a base argumentativa do autor, eis que os documentos de f. 176/180 evidenciam que junto ao Ministério do Trabalho e Emprego o sindicato está registrado para atuação circunscrita ao Município de Araxá/MG. [...] Nessa senda, inexistindo registro que abranja a base territorial em que atua determinada categoria profissional, ali o sindicato não é sujeito de direito, do que decorre faltar-lhe o direito de ação em juízo, posto não ostentar representatividade dessa específica parcela da categoria (f. 189).

Inconformado, apelou o autor, sustentando, em resumo, que:

> o douto juiz de primeiro grau ignorou por completo o documento emitido, por quem de fato é competente a fazê-lo, f. 172/173, e julgou [...] erroneamente embasado numa vaga resposta de ofício de uma Gerência Regional do Ministério do Trabalho e Emprego, quem não tem competência para tanto (f. 194).

Contrarrazões às f. 212/218.

Revelam os autos que o S.S.P.M.P.C.A.M.P.A. ajuizou ação ordinária em face da Câmara Municipal de Pedrinópolis, visando ao recebimento de contribuições sindicais devidas, em tese, pelos servidores daquela casa, tendo o Juízo primevo julgado extinto o processo sem resolução de mérito, reconhecendo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa para a causa, o que motivou a presente irresignação.

Para a solução da questão apresentada a esta Corte Revisora, é mister analisar se o autor é, de fato, carecedor de ação, por faltar-lhe um dos elementos da condição da ação (legitimação), pois que, nos dizeres de Ernane Fidélis dos Santos:

> Toda pessoa é livre para propor ação. Mas o juiz somente cumprirá a função jurisdicional propriamente dita, isto é, solucionará o litígio denunciado, se presentes estiverem, no processo, as condições da ação. Não há obrigação do Estado no atendimento ou não da pretensão do autor, se a ele faltarem as condições exigidas do direito da ação, caso em que o juiz julga nem procedente nem improcedente o pedido, mas, simplesmente, deixa de apreciá-lo, extinguindo o processo. (*Manual de direito processual civil*. 11. ed. Saraiva, v. I, p. 593.)

Segundo Liebman,

> a 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. (*Manual de direito processual civil*, trad. de Cândido Dinamarco, p. 157.)

O eminente processualista Humberto Theodoro Júnior ensina que

> [...] 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 [...] Em síntese: como as demais condições da ação, o conceito da *legitimatio ad causam* só deve ser procurado com relação ao próprio direito de ação, de sorte que 'a legitimidade não pode ser senão a titularidade da ação' (*Curso de direito processual civil*, I/57 - 58).

Advém dessas lições que a ilegitimidade ativa *ad causam* implica que o autor da ação não seja, *et jure*, o titular do direito subjetivo de agir que decorre da violação de um direito seu por outrem e contra o qual será dirigida a demanda, incidindo, por consequência, a determinação contida no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, acarretando a extinção do processo sem o enfrentamento do mérito.

In hipothesi, a pretensão apresentada nos autos tem por objeto a cobrança de contribuições sindicais de servidores que, segundo o autor, estariam sendo representados por ele, cujo cálculo, recolhimento e repasse deveria estar a cargo da ré.

No que tange ao desenvolvimento da atividade associativa em tela, a Constituição da República o assegura como direito social, garantindo o seu pleno exercício sem a necessidade do crivo estatal, ressalvada a hipótese de registro no órgão competente para a preservação da unicidade sindical, conforme preceitua o art. 8º, incisos I e II, da CR/88:

> Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
> I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;
> II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; [...]

O referido princípio da unicidade sindical, estampado no inciso II do artigo supra e reprisado pelo art. 516 da Consolidação das Leis do Trabalho, indica que não se admitirá em uma mesma zona geográfica a existência de mais de uma associação sindical como órgão de representação de uma mesma categoria, profissional ou econômica, na defesa dos interesses individuais e coletivos desse determinado segmento.

Tal controle incumbe ao Estado, através de órgão fiscalizatório, *in casu* o Ministério do Trabalho e Emprego. De se ressaltar que a exigência de registro não é considerada intervenção estatal na constituição e desenvolvimento das atividades sindicais, porquanto se traduz, tão somente, na observância da limitação territorial supra-apontada, tendo sido o assunto objeto de súmula do eg. STF ao assentar que:

> Súmula 677. Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.

Nesse aspecto, vejo, da detida leitura dos autos, que o deslinde da questão se evidencia pela inexistência da relação jurídica de direito material entre a entidade sindical e os servidores da Câmara Municipal de Pedrinópolis, por não haver representatividade daqueles pelo autor, já que ocupantes de cargos em Município situado fora do seu espectro de atuação.

Nota-se que, a despeito de constarem no estatuto de f. 55/84 como "base territorial do Sinplalto as cidades de Araxá, Perdizes, Pedrinópolis, Campos Altos, Pratinha, Serra do Salitre, Nova Ponte, Santa Juliana, todas situadas no Estado de Minas Gerais" (f. 55), não logrou o autor provar que tal base estivesse inscrita nos registros oficiais.

Com efeito, tendo o Magistrado *a quo* determinado que fosse oficiado o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio do seu Chefe Regional em Araxá (f. 171), acerca dos dados do autor constantes daquele órgão, foi-lhe informado à f. 176 que a base territorial sindical estaria circunscrita ao Município de Araxá. Tal constatação não foi infirmada pela entidade apelante, que se limitou a juntar aos autos o documento de f. 173, donde se extrai a existência de procedimento administrativo de alteração estatutária, que nem sequer foi concluído com êxito.

Dessa forma, não havendo prova suficiente de que

os servidores da Câmara Municipal de Pedrinópolis estejam representados pelo autor, a extinção do processo sem resolução do mérito é medida que se impõe, visto que evidente a inexistência do direito material convolado na exigência de contribuições sindicais, retirando-lhe, pois, a titularidade do direito de ação, o que o torna absolutamente ilegítimo para figurar no polo ativo da demanda.

Assim já decidiu esse egrégio Tribunal de Justiça:

> Sindicato. Expansão da base territorial. Necessidade de registro. Ministério do Trabalho. Princípio da unicidade. Art. 8º da Constituição Federal. - A constituição válida de sindicato e/ou a extensão de sua base territorial dependem de 'registro no órgão competente' (art. 8º, inciso I, da CF), não bastando a transcrição dos estatutos no Registro de Pessoas Jurídicas, pois a salvaguarda da unicidade sindical induz a sediar a competência para o registro das entidades sindicais no Ministério do Trabalho, detentor do acervo das informações imprescindíveis ao seu desempenho. (AC nº 2.0000.00.432555-5/000, Relator: Des. Dídimo Inocêncio de Paula, *DJ* de 10.06.2004.)
>
> Ação de consignação em pagamento. Sindicatos. Sobreposição de base territorial. Princípio da unicidade. Registro no Ministério do Trabalho. Anterioridade. Anulação do registro do primeiro réu. Legitimidade do sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Varginha e região para representar a categoria no Município de Alfenas. - O art. 8º da CR/88 estabeleceu o princípio da unicidade sindical, vedando 'a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregados interessados, não podendo ser inferior à área de um Município'. O Supremo Tribunal Federal vem deixando claro que a exigência de registro dos sindicatos junto ao Ministério do Trabalho não afronta o princípio da autonomia sindical, sendo imprescindível para que se garanta a observância de outro princípio constitucional, o da unicidade. O STF já demonstrou, também, que, em matéria de resguardo do princípio da unicidade sindical, vige o critério da anterioridade, isto é, deverá prevalecer o registro e o reconhecimento da legitimidade do sindicato que primeiramente se houver constituído ou modificado regularmente, no tocante à representação de uma dada categoria, em determinada base territorial. Verificado que, nos registros do Ministério do Trabalho, o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Varginha e Região é que consta como abrangendo o Município de Alfenas em sua base territorial e que foi anulado o registro da alteração estatutária do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Belo Horizonte e Região, deve ser mantida a sentença, reconhecendo-se a legitimidade daquele para representar os membros de tal categoria que trabalham em tal Município. (AC nº 2.0000.00.467714-3/000(1), Relator: Des. Eduardo Mariné da Cunha, *DJ* de 10.03.2005.)

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a r. sentença objurgada.

Custas, pelo apelante, isento na forma do art. 606, § 2º, da CLT.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES VIEIRA DE BRITO e BITENCOURT MARCONDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Venda casada - Cesta de produtos bancários - Cobrança de tarifas - Ilegalidade - Não configuração - Resolução 2.303/96 do Banco Central - Não contratação dos serviços - Prova - Art. 333, I, do CPC - Não ocorrência

Ementa: Indenização. Venda casada. Não comprovoção. Tarifas de manutenção e movimentação de conta bancária. Banco Central. Autorização. Encargos tributários. Previsão legal. Sentença mantida.

- O débito das tarifas de manutenção e movimentação de conta-corrente decorre de autorização da Resolução 2.303/96 do Banco Central do Brasil, que permite que as instituições financeiras cobrem tarifas para cada serviço que prestam, não sendo suficiente a simples alegação de que taxas são cobradas arbitrariamente, sendo necessário comprovar a ausência de sua contratação.

- A prestação jurisdicional não pode ser ofertada sem respaldo probatório conciso. Os ônus da prova incumbem a quem alega o fato, cabendo ao autor comprovar o fato constitutivo do seu direito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0026.07.026994-4/001 - Comarca de Andradas - Apelantes: S.S.E.L. e outro - Apelado: B.B.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, sob a Presidência do Desembargador Valdez Leite Machado, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de maio de 2011. - *Antônio de Pádua* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - Trata-se de recurso de apelação interposto por S.S.E.L. e L.R.C., nos autos da ação de indenização proposta contra B.B.S.A., que tramita perante a 2ª Secretaria do Juízo da Comarca de Andradas, inconformados com os termos da r. sentença

de f. 279/285, que julgou improcedente o pedido e condenou a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$3.000,00 (três mil reais).

Em suas razões recursais de f. 290/297, a apelante alega, em síntese, a ocorrência de "venda casada", cometida pelo réu quanto à cesta de produtos que oferece aos clientes, requerendo que fosse reconhecida a flagrante ilegalidade daquela prática, pretendendo ser indenizada pelos prejuízos que alega ter sofrido.

Contarrazões nas f. 301/311, pelo improvimento do recurso.

Preparo à f. 299.

Conheço do recurso, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se o presente recurso à indenização pelos danos que a autora alega ter sofrido em decorrência de "venda casada" de produtos oferecidos pelo réu.

Verifica-se que pretende a autora o recebimento de valores relativos ao contrato de prestação de serviços, sendo necessário que os pressupostos caracterizadores do pedido restem cabalmente demonstrados, na medida em que, a teor do disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, incumbem ao requerente os ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito.

A propósito, a doutrina de José Frederico Marques:

> As normas produtoras de efeitos jurídicos constituem, em última análise, verdadeiras configurações abstratas de fatos e acontecimentos, a cuja existência se prendem as consequências de ordem jurídica que os preceitos legais preveem e disciplinam. Necessário é, por isso, que a pessoa que pretenda obter esses efeitos jurídicos previstos nas normas e regras da lei prove e demonstre a existência dos fatos de onde tais efeitos se originam. Corolário desse fenômeno é a regra de que 'cada parte suporta o ônus da prova sobre a existência de todos os pressupostos (inclusive os negativos) das normas sem cuja aplicação não pode ter êxito sua pretensão processual'. Como os fatos indicados pelo autor são os elementos constitutivos do pedido que deduziu em juízo, cabe-lhe o ônus de provar esses fatos para que sua pretensão seja acolhida e julgada procedente. Quanto ao réu, os fatos que lhe incumbe provar são os que forem invocados como extintivos ou impeditivos do pedido do autor (*Manual de direito processual civil*, II/194).

Embora se possa reconhecer a relação jurídica existente entre as partes, não há como chegar à conclusão, pelos documentos colacionados aos autos, especialmente os de f. 40/48, se houve alguma irregularidade nos contratos firmados entre os litigantes.

A prestação jurisdicional não pode ser ofertada sem respaldo probatório conciso que demonstre as alegações suscitadas pela autora.

Ora, cabia à autora trazer aos autos os documentos que comprovassem os fatos constitutivos do seu direito, consoante a regra inserida no art. 333, I, do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

> Art. 333. O ônus da prova incumbe:
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Nesse sentido:

> Prova. Ônus. Juiz. Esclarecimento. - O ônus da prova incumbe a quem alega o fato. Assim, ao autor 'quanto ao fato constitutivo do seu direito' (CPC art. 333, I). (REsp 181.22/SC, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T. do STJ, *DJU* de 09.11.1998, p. 200.)

Ademais, o débito das tarifas da cesta de serviços prestados pelo réu decorre de autorização da Resolução 2.303/96 do Banco Central do Brasil, que disciplina a possibilidade de as instituições financeiras cobrarem tarifas para cada serviço que prestam, não sendo suficiente a simples alegação de que taxas são cobradas arbitrariamente ou que ocorreram irregularidades decorrentes de "venda casada", sendo necessário comprovar a ausência da sua contratação, pelo que razão alguma assiste à apelante.

Portanto, não tendo a autora comprovado que não autorizou a incidência das tarifas, a teor do art. 333, I, do CPC, e ausente a comprovação da abusividade e da ilicitude das cobranças e serviços prestados, nego provimento ao recurso.

Custas, pelas apelantes.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Com o Relator, coerente com entendimento que adoto ao julgar casos análogos.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

. . .

Ação de cobrança - Seguro de vida - Contrato - Princípio da boa-fé - Exigibilidade - Doença preexistente - Ciência do segurado - Conjunto fático-probatório - Má-fé demonstrada - Indenização indevida

Ementa: Cobrança de seguro de vida. Doença preexistente configurada. Má-fé do segurado. Ônus da prova. Não comprovação. Não pagamento da indenização.

- Os princípios que regem os contratos, tais como a boa-fé objetiva, estabelecem que o contrato de seguro seja firmado com base em declarações exatas, verdadeiras e completas, não sendo lícito ao segurado omitir circunstâncias ou fatos relevantes para a determinação do risco.

- De acordo com o art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ora ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, ora ao réu, quanto ao fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor.

- Restando devidamente demonstrado nos autos que o segurado sabia que estava acometido por doenças preexistentes, não faz jus, pois, à indenização prevista.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0241.09.029617-9/001 - Comarca de Esmeraldas - Apelante: E.A.B.F. - Apelada: C.V.P.S.A. - Relator: DES. NICOLAU MASSELLI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Cláudia Maia, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2011. - *Nicolau Masselli* - Relator.

Notas taquigráficas

Sessão do dia 07.04.2011.

Produziu sustentação oral, pela apelada, a Dr.ª Ana Carolina Torres de Oliveira Alves Ferreira.

DES. NICOLAU MASSELLI - Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Trata-se de ação ordinária para cobrança de pagamento de pecúlio contratado, proposta por E.A.B.F. em face de C.V.P.S.A.

Emerge do presente feito que a autora, beneficiária do seguro contratado por seu marido, ajuizou a presente ação com o fim de receber da parte requerida o pecúlio referente à Apólice Individual de Seguro de Vida Previnvest VGBL nº 009.321.094, no valor de R$80.000,00 (oitenta mil reais), em razão do óbito do segurado.

Sobreveio a sentença às f. 412/417, na qual a ilustre Juíza de 1º grau julgou improcedente o pedido inicial, ao argumento de que o segurado, ao tempo da contratação do seguro, já possuía ciência das doenças que o acometiam, tendo-as, entretanto, omitido. Fundamentou ter o segurado agido com má-fé, sendo indevido o pagamento da indenização securitária.

Inconformada com a r. sentença, a requerente interpôs recurso de apelação às f. 421/427, pugnando pela reforma da sentença para que sejam julgados procedentes os pedidos iniciais.

Para tanto, nas razões recursais, sustenta que não deve ser prejudicada, ao passo que o erro foi da seguradora, ao não exigir exame prévio do segurado, a fim de se estabelecerem suas reais condições de saúde. Aduz que a seguradora não pode suscitar a questão de doença preexistente, para não arcar com o seguro. Alega também que o segurado só tomou ciência da doença que o acometia após a contratação do seguro. Portanto, não houve má-fé.

Contrarrazões às f. 431/441.

É o breve relatório.

Ante tais circunstâncias, presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, passo à análise das razões recursais.

Insiste a apelante no recebimento da indenização a título de seguro de vida, sob alegação de inexistência de má-fé no que concerne ao conhecimento prévio da doença do segurado quando da contratação do seguro.

Pois bem.

Primeiramente, verifico que, para o deslinde do feito, devem ser observadas as provas acostadas nos autos. Deve-se principalmente ser analisada a questão fática para, só então, aplicar-se o direito pertinente ao caso.

Contudo, teço algumas considerações concernentes ao contrato de seguro.

Sabe-se que, pelo contrato de seguro, o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do segurado diante do pagamento do prêmio.

Os princípios que regem os contratos, tais como a probidade e boa-fé objetiva, estabelecem que o contrato de seguro seja firmado com base em declarações exatas, verdadeiras e completas, não sendo lícito ao segurado omitir circunstâncias ou fatos relevantes para a determinação do risco.

Acerca da boa-fé que deve prevalecer na celebração dos contratos, leciona Maria Helena Diniz (in *Curso de direito civil brasileiro* - teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 20. ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, p. 42):

> Segundo esse princípio, na interpretação do contrato, é preciso ater-se mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem, e, em prol do interesse social de segurança das relações jurídicas, as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, auxiliando-se mutuamente na formação e na execução do contrato. Daí estar ligado ao princípio da probidade.

E mais: de acordo com o art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ora ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, ora ao réu, quanto ao fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor.

Nas lições de Humberto Theodoro Júnior (in *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, p. 422), *in verbis*:

> Cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio.

> Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretenso direito. *Actore non probante absolvitur reus*.

E completa:

> Por outro lado, de quem quer que seja o *onus probandi*, a prova, para ser eficaz, há de apresentar-se como completa e convincente a respeito do fato de que deriva o direito discutido no processo. Falta de prova e prova incompleta equivalem-se, na sistemática processual do ônus da prova.

Ao analisar os autos, por meio da prova pericial de f. 368/380, referente aos documentos, prontuários e exames do segurado, pode-se concluir que este já se encontrava acometido por doenças graves, as quais foram evoluindo com o decorrer do tempo até culminar no óbito por falência múltipla dos órgãos, metástase a distância e hepatocarcinoma.

Assim, em que pese a apelante tentar convencer sobre o desconhecimento do segurado quanto ao seu real estado de saúde quando da contratação do seguro, inexistindo, assim, a alegada má-fé, tenho comigo que não merece prevalecer tal tese em razão do conjunto fático-probatório dos autos.

E mais, ainda que em momento algum a apelada tenha exigido, previamente à celebração do contrato, os exames médicos com o fim de comprovar o estado de saúde que desfrutava o segurado, isso não pode sobrepor-se ao que demonstram as provas juntadas nos autos.

Ademais, a doença preexistente ao contrato não constitui doença silenciosa, que não exteriorizava sintomas; tanto é que, poucos dias antes da celebração do contrato, o segurado havia realizado exames médicos. Vejamos o que conta nos autos.

Trata o documento de f. 323 sobre o atestado de um hepatologista, o qual afirma que o segurado Geremias realizou uma consulta aos 05.04.2006, ou seja, seis dias antes de contratar o seguro de vida (11.04.2006).

Depois, no dia 12.04.2006, foram realizados mais exames, dos quais consta, de acordo com f. 143,

> por causa de uma dor lombar e uma certa parestesia de mmii fez um US que mostrou hepatomegalia. Na sequência, exames mostraram HBsAg + HBeAg + TGO 81 (37) TGP 60 (41) GGT 177 Hb 12.6 Plt 408 Leu 8500. [...] Exame: fígado gde, duro, lobo E doloroso.

Já no dia 24.04.2006, consoante atestado de f. 32, o Sr. Geremias foi submetido a cirurgia, em razão de tumor metastático na coluna.

Ora, tendo em vista o lapso temporal entre a realização de certos exames hepatológicos, a contratação do seguro de vida e a cirurgia em razão de tumor na coluna, não há como olvidar o fato de que o segurado possuía ciência acerca das doenças que lhe acometiam. Seria muita coincidência que todos os fortes sintomas se exteriorizassem um dia após a contratação do seguro. Pelo contrário, trata-se de doenças que evoluem, se agravam e se arrastam pelo tempo. E, conforme pude extrair dos autos, as doenças já se encontravam em grau avançado, sendo impossível o não conhecimento pelo segurado.

Consoante afirmado pelo il. Perito à f. 374,

> o segurado poderia não saber que apresentava câncer, mas sabia que tinha um problema hepático, anterior à contratação, tanto que foi encaminhado ao Dr. Professor José Laurentys de Medeiros, hepatologista.

E, pouco adiante, à f. 377:

> Na sequência os exames mostram que era portador de hepatite B. Os autos constam diversas consultas e patologias entre 1999 e 2004. Poucos dias após o seguro, iniciou com um quadro grave.

Evidente, pois, que não merece guarida a pretensão da ora apelante.

Corroborando ainda mais com o aqui fundamentado, em resposta aos quesitos das partes litigantes, assim se expressou o *Expert* (f. 379):

> 07. Queira o Dr. Perito informar qual o exame laboratorial seria necessário para o diagnóstico da doença que acometeu e vitimou com o segurado?
> Resposta: Para o diagnóstico etiológico, somente o histopatológico. Para diagnosticar se o cliente estava ou não sadio, o exame clínico, a ultrassonografia e o exame sorológico para hepatite B, que foi constatada em 04.04.06 [...].
> 09. Em análise da documentação médica acostada nos autos, exame laboratorial e atestado médico, queira o Dr. Perito informar quando, ou em que data, o segurado teve a oportunidade de saber de seu estado de saúde?
> Resposta: A data do diagnóstico metastático histológico foi 25.04.06 segundo o laudo anátomo-patológico. A doença hepática clinicamente fora diagnosticada em 28.03.06 e 04.04.06, conforme consta dos autos. (A hepatite positiva para o vírus B fora constatada em 04.04.06.)

Portanto, feita a análise do conjunto fático, outra não é a conclusão que não entender pela má-fé do segurado, uma vez que omitiu informações necessárias e fundamentais quando da contratação do seguro. Dessarte, negar provimento ao presente recurso é medida que se impõe, tendo em vista que o seguro não se responsabiliza pelo pagamento do pecúlio contratado quando se trata de doença preexistente e conforme restou exaustivamente demonstrado nos autos.

Em conclusão e à vista do exposto, nego provimento à apelação, mantendo irretocável a sentença de 1° grau.

Custas recursais, pela apelante. No entanto, suspensa a exigibilidade do pagamento, em razão da assistência judiciária.

É como voto.

DES. ALBERTO HENRIQUE - Na verdade, os elementos probatórios dos autos atentam para a negativa do provimento do atual recurso.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Ouvi atentamente a brilhante explanação da ilustre procuradora, que, com incomensurável desenvoltura e simpatia, esclareceu algumas dúvidas aqui que me assaltaram, mas a dúvida principal eu continuo com ela, relativamente a essa análise da doença preexistente. Não é que se cria aqui, longe de mim, essa ideia de criar aqui uma prevenção especial contra seguradoras, mas a gente sabe que a seguradora vive procurando meios de evitar a indenização e, com essas considerações, para uma análise melhor da prova, eu acho de bom alvitre pedir vista dos autos, o que faço, Senhor Presidente, embora já vencido.

Sessão do dia 28.04.2011

DES.ª PRESIDENTE (CLÁUDIA MAIA) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 07.04, a pedido do Des. Vogal, quando, então, os Desembargadores Relator e Revisor negavam provimento.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Reintegração de posse - Benfeitorias - Direito de retenção - Indenização - Inexigibilidade - Possuidor de má-fé - Arrendamento mercantil - Consciência da ilegitimidade do direito - Tutela antecipada - Indeferimento - Manutenção

Ementa: Agravo de instrumento. Reintegração de posse. Deferimento da antecipação da tutela para determinar à parte o pagamento das benfeitorias úteis. Posse de má-fé. Impossibilidade.

- Ao possuidor de boa-fé que edifica em terreno alheio se assegura o direito de retenção e a efetiva indenização pelas benfeitorias.

- Inexistente a prova inequívoca de que se trata de possuidor de boa-fé, não há que se falar em deferimento da tutela antecipada para determinar o direito de retenção das benfeitorias.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0054.09.033907-5/001 - Comarca de Barão de Cocais - Agravantes: H.N.G. e outros - Agravados: Espólio de A.G., representado pela inventariante L.S.G. e outros; Espólio de V.P.M., representado pela inventariante H.C.M. - Relator: DES. DOMINGOS COELHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Domingos Coelho, 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, 4 de maio de 2011. - *Domingos Coelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOMINGOS COELHO - Assistiu ao julgamento, pelos agravados, o Dr. Antônio Ayres.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por H.N.G. e outros, contra decisão de f. 149-TJ, prolatada pelo i. Juiz da 17ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, a qual determinou a inversão do ônus da prova, na ação de *in rem verso* por enriquecimento sem causa, que lhe move o espólio de A.G. e outros.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso. Ausente o preparo, pois a parte litiga sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Em suas razões de inconformismo, aduzem os agravantes que não podem ser obrigados a desocupar o imóvel antes da indenização devida, visto que possuem o bem há mais de 25 anos e nele construíram inúmeras benfeitorias úteis, que, por se tratar de imóvel rural, acresceram o valor patrimonial, de vez que aumentaram a produção da fazenda.

Asseveram que não é justo que sejam despejados do imóvel e que percam todas as benfeitorias acrescidas a ele, pois são possuidores de boa-fé e cumpriram a função social do imóvel rural em sua plenitude, além de que não têm outra moradia nem condições para se desfazerem do grande número de animais que possuem, sem que ocorram prejuízos irreparáveis.

Desnecessária a intimação dos agravados, pois a relação processual não está completa.

Pois bem. Passo ao exame.

O instituto da tutela antecipada é um instrumento de ação do Poder Judiciário, apto a efetivar, de modo célere e eficaz, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos.

Sobre o tema, elucida Nelson Nery Júnior:

> Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, espécie do gênero tutelas de urgência, é providência que

> tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com ação de conhecimento. (In *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo, 2007, p. 523.)

Quanto aos requisitos inerentes à sua concessão, elucida Ernani Fidélis dos Santos:

> Verossimilhança, pois, e prova inequívoca são conceitos que se completam exatamente para informar que a antecipação da tutela só pode ocorrer na hipótese de juízo de máxima probabilidade, a certeza, ainda que provisória, revelada por fundamentação fática, onde presentes estão apenas motivos positivos de crença. (In *Novos perfis do processo civil brasileiro*, p. 30.)

Sendo assim, para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, é mister que se visualizem elementos probatórios capazes de evidenciar a veracidade do direito sustentado.

Ademais, tal instituto deve ser utilizado com parcimônia, no sentido de que os pedidos formulados somente merecem deferimento, quando se vislumbrar veementemente a presença das condições supracitadas.

Embora mesmo que fundada em prova inequívoca a verossimilhança da alegação, não deverá o juiz deferir a antecipação dos efeitos da tutela se essa antecipação se tornar, sob o aspecto prático, irreversível, com fulcro no art. 273, § 2º.

Concordo com a bem-lançada decisão do i. Magistrado. Ao compulsar os autos, verifico que a agravante não demonstrou provas suficientes a ensejar o deferimento da tutela antecipada, uma vez que não comprovou a existência de prova inequívoca capaz de convencer-me acerca da verossimilhança das suas alegações.

Sabe-se que, no direito pátrio, a discussão sobre as benfeitorias somente tem lugar na medida em que a sua identificação e classificação repercutem na indenização a ser feita por aquele que estiver obrigado a prestá-la, pela simples razão de que ninguém pode locupletar-se à custa da jactura alheia.

De sorte que tal análise tem relevante repercussão nas ações possessórias, sejam ações de manutenção ou de reintegração de posse, exigindo-se identificar, também, sob que qualidade o possuidor estava na posse. Se nela estiver de boa-fé, a lei impõe a indenização das benfeitorias necessárias e úteis, de todo justificável porque conservam e aumentam o valor do imóvel.

Compulsando-se os autos, tenho que razão não assiste à recorrente, pois, no julgamento da ação de reintegração de posse, ficou evidenciado que os agravantes não possuem a posse de boa-fé do imóvel e, portanto, não fazem jus ao direito de retenção das benfeitorias.

Foi celebrado um contrato de arrendamento mercantil, no qual o senhor A.G., que detinha a posse do imóvel, simplesmente permitiu o uso da propriedade pelo senhor Vicente Pedro de Morais, réu na referida ação, que, por sua vez, exercia a posse indireta, e foi sucedido pelos ora agravantes, que deram prosseguimento à ocupação irregular da área, de vez que já era notório o arrendamento da área litigiosa. Assim, não há que se falar em posse de boa-fé.

Verifiquem o acórdão da Apelação nº 377.902-4 (f. 112-TJ):

> Com efeito, a prova produzida é apta a demonstrar com suficiente grau de certeza que a posse sobre o imóvel denominado 'Capim Cheiroso', no Município de Barão de Cocais, delimitado em memorial descritivo acostado à inicial, e que constitui o objeto da ação de reintegração de posse, era de há muito, de forma mansa e pacífica, do autor A.G., que apenas o arrendou ao réu por determinado período, malgrado as alegações em contrário dos apelantes.

Ora, a boa-fé, que gera direitos indenizatórios, baseia-se, justamente, na ignorância do vício, ou, utilizando as palavras do mestre Caio Mário da Silva Pereira, "na ausência da consciência sobre a ilegitimidade de seu direito". (In *Instituições de direito civil*. Forense, 1978, v. IV.)

A propósito, o festejado Silvio Rodrigues, em sua obra *Direito civil* - direito das coisas, Ed. Saraiva, 1985, v. 5, nº 18, p. 31, também nos fornece critérios bem definidos:

> Para classificar a posse em justa e injusta, situa-se o classificador dentro do ângulo objetivo, examinando os vícios extrínsecos que a inquinam. Para distingui-lo em posse de boa ou má fé, deve o analista situar-se no terreno subjetivo, a fim de examinar a posição psicológica do possuidor, em face da relação jurídica. Será de boa fé a posse quando o possuidor ignora o vício, ou obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído (Cód. Civ., art. 490). Será de má-fé quando o possuidor exerce a posse a despeito de estar ciente de que a mesma é clandestina, precária, violenta, ou encontra qualquer outro obstáculo jurídico à sua legitimidade.
>
> Assim, o que distingue uma posse da outra é a posição psicológica do possuidor. Se sabe da existência do vício, sua posse é de má-fé. Se ignora o vício que a macula, sua posse é de boa-fé.

Conclui:

> Cumpre, entretanto, notar que não se pode considerar de boa-fé a posse de quem, por erro inescusável, ou ignorância grosseira, desconhece o vício que mina sua posse.

Dessa forma, verifica-se que ao possuidor de boa-fé que edifica em terreno alheio se assegura o direito de retenção e a efetiva indenização pelas benfeitorias, perdendo-as para o proprietário das terras, já que, sendo acessório, acompanha o principal.

Portanto, se inexistente a prova inequívoca de que se trata de possuidor de boa-fé, não há que se falar em deferimento da tutela antecipada para determinar o direito de retenção das benfeitorias.

A meu sentir, tais documentos não propiciam um juízo máximo de convencimento acerca dos acontecimentos, razão pela qual prudente seria o indeferimento do instituto neste instante processual.

Cumpre ressaltar, por fim, que, podendo a tutela antecipada ser concedida a qualquer momento, assim que se constatar a prova inequívoca, a recorrente terá satisfeita a sua pretensão antecipatória.

Nesse diapasão, a lição de Nelson Nery Júnior:

> Esta medida de tutela antecipada pode ser concedida *in limine litis* ou em qualquer fase do processo, *inaudita altera parte* ou depois da citação do réu. Pode ser concedida na sentença e depois dela. (In *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. 2007, p. 527.)

Por fim, não há que se falar em apensamento da presente ação à ação de embargos de terceiro e à execução provisória, pois as ações não são conexas, o que impossibilita a existência de futuras decisões contraditórias.

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso, negando a antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA e ALVIMAR DE ÁVILA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

. . .

Ação civil pública - Propaganda institucional - Símbolo de partido político e logomarca da prefeitura - Semelhança - Ofensa ao princípio da impessoalidade - Tutela deferida para remoção do ilícito e indenização ao erário

Ementa: Apelação cível. Ação civil pública. Propaganda institucional. Semelhança entre símbolo de partido político e logomarca da prefeitura. Ofensa ao princípio da impessoalidade. Tutela deferida para remoção do ilícito e indenização ao erário.

- O intérprete deve ser intransigente na defesa dos princípios constitucionais. Portanto, as peças de propaganda institucional não podem dar margem a qualquer forma de vinculação - ainda que velada ou subliminar - entre o Município e o partido político a que é afiliado o Prefeito.

- A discricionariedade pode ser limitada pelo texto constitucional. O Administrador pode escolher a forma de propaganda institucional do Município, desde que não haja menção, sequer implícita, a "nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos" e obviamente dos respectivos partidos políticos.

- Constatado o descompasso entre o conteúdo da propaganda e o texto constitucional, impõe-se a condenação do agente público responsável ao pagamento das despesas com a remoção do ilícito.

Sentença reformada em reexame necessário, conhecido de ofício, prejudicado o recurso de apelação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0071.08.037483-9/001 - Comarca de Boa Esperança - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Município de Boa Esperança e outro - Relatora: DES.ª ALBERGARIA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Kildare Carvalho, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O VOGAL QUANTO AO CONHECIMENTO DO REEXAME.

Belo Horizonte, 2 de junho de 2011. - *Albergaria Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a sentença de f. 86/90 que julgou improcedente o pedido formulado na ação civil pública ajuizada em face do Município de Boa Esperança e do Prefeito Municipal, Jair Alves de Oliveira.

Em suas razões recursais, o apelante narrou que o logotipo criado pelo Município é estilizado com destaque para uma estrela vermelha, estilizada, de modo a torná-la semelhante ao desenho de uma pessoa com os braços abertos.

Argumentou que tal logotipo ostenta o símbolo do Partido dos Trabalhadores - PT, o que ofende o princípio da impessoalidade e constitui manifesta ilegalidade.

Pediu a reforma da sentença, a fim de que os apelados sejam condenados, nos termos da inicial.

Contrarrazões às f. 97/105. Preliminarmente, os apelados suscitaram o não cabimento do recurso, que não teria impugnado as razões da sentença. No mérito, pugnaram pelo desprovimento da apelação.

Ouvida, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (f. 114/120).

É o relatório.

Questão preliminar - reexame necessário.

Nos termos do art. 19 da Lei nº 4.717/64, que regula a ação popular:

> A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo.

Em razão da "teoria do diálogo das fontes", tem-se entendido que o microssistema processual da tutela coletiva deve ser regido pela influência subsidiária de seus diversos diplomas - Lei de Ação Popular, Lei de Ação Civil Pública, Lei de Improbidade Administrativa, Código de Defesa do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente - apresentando o CPC aplicação apenas residual.

Significa, portanto, que a norma que determina a remessa necessária na ação popular - inexistindo regra específica na Lei nº 8.429/92 - pode perfeitamente ser aplicada à ação de improbidade, pois ambos os diplomas buscam a proteção do patrimônio público em sentido amplo.

Essa foi a orientação firmada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do RE nº 1.108.542/SC, Relator Ministro Castro Meira, *DJe* de 29.05.09.

Assim, conheço de ofício do reexame necessário, consoante aplicação subsidiária do art. 19 da Lei nº 4.717/64.

Questões de mérito.

As propagandas institucionais devem se pautar pelo caráter da impessoalidade. A figura do governante - ou de seu partido político - não pode se confundir com a imagem da Administração Pública perante os cidadãos.

A questão tratada é de índole constitucional. O art. 37, § 1º, da CF/88 determina que a publicidade dos atos e dos programas oficiais tenha "caráter educativo, informativo ou de orientação social", e proíbe ostensivamente a presença de "nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos".

O intérprete deve ser intransigente na defesa dos princípios constitucionais. Portanto, as peças de propaganda institucional não podem dar margem a qualquer forma de vinculação - ainda que velada ou subliminar - entre o Município e o partido político a que é afiliado o Prefeito.

No caso em apreço, a estrela vermelha estilizada, a fim de que o formato se assemelhe a um corpo humano de braços abertos possui nítida e indisfarçável identificação com o Partido dos Trabalhadores - PT.

A logomarca utilizada pelo partido em questão foi objeto de ampla e extensiva divulgação ao longo dos anos, exatamente para que os eleitores pudessem identificar e associar prontamente o símbolo ao PT.

Por isso, a alegação de que o Município apenas utiliza as cores da bandeira local e um símbolo "semelhante" ao do Partido dos Trabalhadores não pode ser acolhida, pois coloca em risco o tão caro princípio da impessoalidade, desnaturando a propaganda institucional que se transmuda em partidária.

Nesse sentido, veja-se precedente do Supremo Tribunal Federal:

> Ementa: Publicidade de atos governamentais. Princípio da impessoalidade. Art. 37, § 1º, da Constituição Federal.
> 1. O *caput* e o § 1º do art. 37 da Constituição Federal impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade que vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos *slogans*, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos. A possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta.
> 2. Recurso extraordinário desprovido (RE 191668/RS - Relator Ministro Menezes Direito - j. em 15.04.2008 - Primeira Turma).

Ressalte-se que tal entendimento não engessa a liberdade da Administração de escolher os símbolos e a logomarca que lhe pareçam convenientes. A discricionariedade deve ser limitada pelo texto constitucional. O Administrador pode eleger outros símbolos para o Município desde que não haja menção, sequer implícita, a "nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos" e obviamente dos respectivos partidos políticos.

Constatado o descompasso entre o conteúdo da propaganda e o texto constitucional, impõe-se a condenação do segundo apelado ao pagamento das despesas com a remoção do ilícito, visto que o erário não pode ser penalizado pela conduta ilícita do Prefeito Municipal.

Por fim, é necessário deferir a liminar neste acórdão, sob pena de tornar inócua a providência pleiteada na inicial (perigo de demora). A verossimilhança da fundamentação pode ser extraída dos argumentos trazidos no voto.

Ante o exposto, reformo a sentença, em reexame necessário, para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial e: 1) impor ao Município a obrigação de fazer consistente na retirada da propaganda ilegal de quaisquer bens ou atos públicos, bem como se abster de utilizá-la ulteriormente; 2) impor ao Município e ao segundo apelado a obrigação de não-fazer consistente em não criar outro logotipo que faça alusão a imagem

pessoal do Prefeito ou de seu partido político; 3) condenar o segundo apelado a ressarcir o Município pelas despesas com a retirada da propaganda ilícita; 4) fixar multa diária de R$500,00 (quinhentos reais) para a hipótese de descumprimento das obrigações de fazer e não fazer.

Frise-se que a multa incidirá a partir da publicação do dispositivo do acórdão no *DJe*.

Julgo prejudicado o recurso de apelação e, via de consequência, deixo de examinar a preliminar suscitada em contrarrazões.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES. ELIAS CAMILO - De acordo com a Relatora.

DES. KILDARE CARVALHO - Peço vênia à eminente Desembargadora Relatora, para não conhecer do presente reexame necessário.

Isso porque, com efeito, na Lei nº 7.347/85, que trata especificamente da ação civil pública, inexiste disposição que determine a remessa oficial, não podendo, nesse contexto, aplicar-se, por analogia, a Lei da Ação Popular.

Ademais, o art. 19 da Lei nº 7.347/1985 expressamente remete à aplicação do Código de Processo Civil para as ações civis públicas, naquilo em que não contrariar suas disposições, justificando a tese ora adotada.

Diante dessas considerações, renovada a vênia à douta Relatora, não conheço do presente reexame necessário e dou provimento ao recurso para reformar a r. sentença nos termos do voto da eminente Relatora.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O VOGAL QUANTO AO CONHECIMENTO DO REEXAME.

...

Nutriente - Neocate - Responsabilidade gerencial dos Municípios - Política que não afasta peremptoriamente a responsabilidade do Estado - Caso concreto - Apreciação - Deferimento

Ementa: Nutriente. Neocate. Responsabilidade gerencial dos Municípios. Política que não afasta peremptoriamente a responsabilidade do Estado. Caso concreto que recomenda o deferimento.

- Embora o Neocate seja um nutriente a ser fornecido pelos Municípios, consoante a Política Nacional de Alimentação e Nutrição, aprovada pela Portaria nº 710/99, tanto pelo seu alto custo quanto pelas circunstâncias especiais dos autos, pode ser imposta excepcionalmente ao Estado a sua disponibilização, até porque as políticas públicas na área de saúde são apenas enunciativas para o público e devem ser observadas em prol do atendimento coletivo, sem, porém, excluir de forma absoluta o atendimento individual necessário.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.10.047649-8/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: A.M.S., representada por sua mãe M.M.S. - Autoridade coatora: Secretário de Estado de Saúde de Minas Gerais - Relatora: DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda o 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Roney Oliveira, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 4 de maio de 2011. - *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Trata-se de mandado de segurança impetrado por A.M.S., representada por sua mãe M.M.S., contra ato do Secretário de Estado de Saúde de Minas Gerais, visando ao fornecimento do medicamento Neocate, alimento essencial para crianças que sofrem de algum tipo de distúrbio alimentar, por ter sido indeferida não só a liminar, como também a própria inicial.

Indeferi a liminar, de início, mas, em sede de retratação, acabei por deferi-la em reposicionamento de f. 65/71.

Informações da autoridade coatora às f. 99 e seguintes, com nota técnica, pela denegação da segurança.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo indeferimento do pedido, por se tratar de suplemento alimentar, de responsabilidade dos Municípios.

Conheço do mandado de segurança, presentes os pressupostos.

De início, havia indeferido a liminar aos seguintes fundamentos:

> Trata-se de mandado de segurança impetrado por A.M.S., representada por sua mãe M.M.S. contra ato do Secretário de Estado de Saúde de Minas Gerais, visando ao fornecimento do medicamento Neocate, alimento essencial para crianças que sofrem de algum tipo de distúrbio alimentar.

Alega a impetrante que é portadora de alergia grave, proveniente de alergia à proteína do leite de vaca e de soja, apresentando desenvolvimento insatisfatório, com peso aquém do correspondente a sua idade. Afirma que, de acordo com o relatório médico, a impetrante já foi submetida a inúmeros tratamentos, dos quais foram utilizadas várias fórmulas a base de leite de vaca e leite de soja, porém, sem manifestação de melhora satisfatória do quadro sintomático apresentado, comprometendo diretamente a sua saúde. Informa que a médica pediatra, especializada, responsável pelo caso da requerente, constatou que a única alternativa para a nutrição da criança é o uso da medicação de Neocate, única formula elementar do mercado nacional que contém proteínas hidrolisadas, ausentes a proteína do leite de vaca e derivados, capaz de proporcionar real expectativa de vida para a recém-nascida, assegurando seu adequado desenvolvimento nutricional. Pleiteia a concessão da liminar, a fim de que o impetrado seja compelido a fornecer o medicamento Neocate, conforme prescrição médica.

O relatório médico, constante da f. 25, da Dr.ª Filomena Camila do Vale, informa que a impetrante é portadora de alergia à proteína do leite de vaca, apresentando gastroenterite e colite por hipersensibilidade a alimentos (CID: K52.2). Consta no documento que a requerente não respondeu ao uso de fórmula sem lactose (Nan sem lactose) e de fórmula semielementar (Pregomin). Relata que, ao iniciar o tratamento com a fórmula de aminoácidos não alergênica (Neocate), a impetrante melhorou acentuadamente.

Na nota de esclarecimento no componente especializado da assistência farmacêutica, à f. 28, consta que o medicamento pleiteado não está contemplado na relação de medicamentos disponibilizados pela SES/MG.

O quadro sobre a responsabilidade dos medicamentos a serem disponibilizados é o seguinte:

> Programas Financiador Responsabilidade Gerencial Estratégicos:
> Ministério da Saúde.
> Ministério da Saúde.
> Secretarias Estaduais da Saúde.
> Tuberculose Hanseníase AIDS Hemoderivados Endenias Diabetes Imunológicos (Soros/Vacinas) Excepcionais (Alto Custo) Ministério da Saúde e Secretarias Estaduais da Saúde Secretarias Estaduais da Saúde Assistência farmacêutica básica Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais e Municipais da Saúde Ministério da Saúde.
> Secretarias Estaduais e Secretarias Municipais da Saúde KITS PSF Ministério da Saúde Ministério da Saúde.
> Hipertensão arterial e Diabetes Mellitus Ministério da Saúde. Secretarias Estaduais da Saúde Ministério da Saúde.
> Secretarias Estaduais da Saúde Mental Ministério da Saúde. Secretarias Estaduais da Saúde Ministério da Saúde.
> Secretarias Estaduais da Saúde Oncologia Ministério da Saúde Hospitais credenciados Por outro lado, as ações de atenção básica devem ser desenvolvidas por todos os municípios como um componente essencial para a garantia de acesso a serviços de saúde qualificados, considerando a necessidade de atualização dos valores do Incentivo da Assistência Farmacêutica Básica visando impulsionar mudanças na organização da assistência farmacêutica básica no País, a necessidade do estabelecimento de pactos que visem à superação das fragmentações existentes entre diferentes programas que envolvem o planejamento, a programação, a aquisição, a distribuição e a dispensação de medicamentos e considerando a necessidade de evitar sobreposições de responsabilidades, a duplicação de elencos de medicamentos, bem como contribuir para o entendimento da Assistência Farmacêutica não apenas como fornecimento de medicamentos, mas como um conjunto de ações inseridas no contexto mais amplo da atenção à saúde; Todos os municípios estão qualificados ao recebimento dos recursos federais que compõem o Incentivo à Assistência Farmacêutica Básica, que será realizado de acordo com a pactuação das respectivas Comissões Intergestores Bipartite.

As políticas públicas fazem essa tripartição como meio de atender racionalmente à população, e o Judiciário não pode se imiscuir nessas políticas, se há atendimento adequado pelo serviço público.

No entanto, sabe-se que temos, muitas vezes, deferido liminar em mandado de segurança, e, após, a autoridade indicada como coatora apresenta provas elidentes do direito alegado, o que tem desrecomendado o uso do *mandamus*, que não permite dilação probatória.

O Supremo Tribunal Federal, no STA 421/PE (Relator: Ministro Presidente - Decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes - Julgado em 20.04.2010 - Divulgado em 29.04.2010 - Publicado no *DJe*-076 de 30.04.2010), firmou que

> O Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da 'Medicina com base em evidências'. Com isso, adotaram-se os 'Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas', que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Embora essa conclusão não afaste o controle judicial, ficou bem claro que:

> Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Não se recomenda, portanto, o uso do *writ*, pela impossibilidade de dilação probatória. Confira-se:

> Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.

Assim sendo, não se tratando de caso de mandado de segurança (art. 6º da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo: "§ 5º Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil"), por não prescindir de dilação probatória, ou seja, de prova e contraprova, para demonstração do direito líquido e certo, indefiro não só a liminar como a própria inicial (Art. 267 do CPC: "Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005). I - quando o juiz indeferir a petição inicial; [...]" - Art. 295: "A petição inicial será indeferida: [...]; V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal; [...]").

Houve pedido de reconsideração, o que é permitido pelo parágrafo único do art. 527 do CPC, que dispõe que "A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar", o que se aplica ao caso de indeferimento em mandado de segurança.

Em face dos fundamentos, fiquei sensibilizada e, em reexame, notei que nosso Tribunal vem deferindo o pedido de Neocate:

> Ementa: Mandado de segurança. Fornecimento de medicamentos. SUS. Garantia constitucional do direito à saúde. Arts. 6º e 196 da CF. Segurança concedida. 'O fornecimento de medicamentos às pessoas destituídas de recursos financeiros é dever constitucional do Poder Público; o direito à saúde constitui consequência indissociável do direito à vida, ambos garantidos pela Carta Magna' (Mandado de Segurança nº 1.0000.08.483820-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: A.V.P.L., representado por sua mãe J.B.P.L. - Autoridade coatora: Secretário de Estado de Saúde de Minas Gerais - Relator: Desembargador Alvim Soares).

> Ementa: Agravo de instrumento. Ação ordinária. Antecipação dos efeitos da tutela. Art. 273 do CPC. Suplemento alimentar. Leite específico. Intolerância à lactose. Imediata disponibilização. Possibilidade. Art. 196 da Constituição da República de 1988. Possibilidade de fornecimento de alimento similar com a mesma composição nutricional. - É cabível a antecipação da tutela quando atendidos os requisitos previstos no art. 273 do CPC (Agravo de Instrumento nº 1.0481.09.092102-6/001 - Comarca de Patrocínio - Agravante: M.C.S.N., representada por sua mãe F.S.S. - Agravado: Município de Patrocínio - Relator: Desembargador José Francisco Bueno).

> Ementa: Mandado de segurança. SUS. Fornecimento de Neocate. Receituário fornecido por médico particular. Conjunto probatório anexado à inicial. Possibilidade de concessão da segurança. Direito à vida e à proteção integral da criança. - O suplemento alimentar objeto da inicial deve ser fornecido ao impetrante, que ainda está em fase de amamentação, sob pena de negar-lhe o próprio direito constitucional à vida. Caso o Neocate não seja fornecido, a possibilidade de conservação e recuperação de sua vida estará em risco de sério e efetivo dano, e, com a devida vênia, não é razoável sacrificar-se a vida e a saúde de membro da coletividade em face da obediência estrita a procedimentos orçamentários (TJMG - Mandado de Segurança nº 1.0000.08.487964-2/000(1) - Relator: Desembargador Wander Marotta - Data de julgamento: 18.03.2009 - Data de publicação: 21.08.2009).

> Ementa: Constitucional e administrativo. Mandado de segurança. Suplemento alimentar. Fórmula infantil Neocate. Fornecimento. Obrigação do Estado. - Cabe ao Distrito Federal garantir o fornecimento de suplemento alimentar (fórmula infantil Neocate) àqueles que dele necessitem para sua sobrevivência e não tenham condições de adquiri-lo, *ex vi* do disposto no inciso XXIV do art. 27 da Lei Orgânica do Distrito Federal.

O Neocate foi registrado na Anvisa: Alimentos para Dietas Enterais 07/2007 - Neocate Advance.

Outros Estados estão fornecendo o Neocate, por ordem judicial ou não.

Em <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,-mp-de-sp-move-acao-para-retomar-entrega-de-leite-alergicos,594253,0.htm>, leia-se a matéria completa sobre São Paulo:

> O Ministério Público de São Paulo protocolou ação civil pública com pedido de liminar que obriga a Secretaria de Saúde a restabelecer em cinco dias o fornecimento do medicamento Neocate, um leite especial para portadores de alergia à proteína do leite comum.
> O produto deixou de ser fornecido nos postos de saúde do Estado há dois meses, e seu alto preço - cerca de R$ 600 a lata - impede o consumo por crianças de famílias carentes, que o recebem do Estado. Por falta do produto, uma criança de Taubaté teve de ser internada, em estado grave após ingerir leite de soja recomendado por médicos da cidade. A criança recebeu alta no último sábado.

Na Bahia, a Justiça Federal recentemente fez determinação igual (ver: <http://www.atarde.com.br/-cidades/noticia.jsf?id=1022421>).

Em Florianópolis:

> Apelação cível em ação civil pública. Reexame necessário. Fornecimento de medicamento/alimento não padronizado à criança. Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis e por zelar pelo efetivo respeito aos direitos assegurados no texto constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Necessidade e hipossuficiência econômica comprovadas. Remessa e recurso desprovidos (Apelação Cível nº 2008.044723-3 - Lages - Relator: Desembargador Cid Goulart - Julgado em 20.02.2009).

Entendi que tudo isso leva a uma verossimilhança do pedido, pois não se pode crer que a fórmula alimentar Neocate seria tão procurada se fosse desprovida de eficácia especial para o quadro demonstrado.

Assim sendo, revoguei a decisão anterior, de f. 36/39, e deferi a liminar, em reposicionamento de f. 65/71, e deferi em parte a liminar, para determinar o fornecimento de oito latas mensais pelo período de quatro meses, em face do período já decorrido, mediante apresentação de novo pedido médico daí a dois meses.

Enfim, há motivos que me levaram a reposicionar, a um, pelas decisões que neste e em outros Estados são a favor do pedido e, a dois, porque há notícia de dores na recém-nascida, grave alergia, com relatório médico que demonstra a gravidade e risco de óbito, o que demonstra o *periculum in mora*.

Melhor fora que o alimento em questão fosse protocolizado e passasse a ser disponibilizado normalmente, pois sabe-se que o alimento ou medicamento sai por preço muito mais baixo em aquisição por órgão público, tanto pela licitação como pelos incentivos fiscais, salvo motivo outro impeditivo.

Por certo que a ação ordinária seria mais adequada, pois pode ser até que, após as respostas, revele-se necessária maior dilação probatória, o que acarretaria a extinção do feito. Decido, porém, com o que consta dos autos e de outras decisões a respeito. Por outro lado, em face de abusos de que se tem conhecimento, inclusive com venda de latas que sobram, o pedido deve ser sempre renovado. Não se quer dizer que a impetrante poderia praticar tal ato, mas em todos os processos entendo que deve ser feita tal observação.

Notificada a digna autoridade apontada como coatora sobre o deferimento da liminar e para que, no prazo de 10 (dez) dias, prestasse as informações necessárias, estas vieram às f. 86/95, atendendo-se ao determinado no art. 7º da nova Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

> Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
> I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;
> II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;
> III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

Nas informações de f. 86/95, o Estado de Minas Gerais traz informações preocupantes, em que informa caso com a mesma médica e o mesmo advogado, em que houve dupla ação visando ao medicamento, para outra criança, e que, em virtude daquele processo, entrou em contato com a mãe daquela criança, a qual informou que:

> Sua filha não precisava da dieta Neocate, já que havia melhorado com Pregomin e era esta dieta que esperava nesta ACP (referindo-se à Ação Civil Pública nº 0317.09.107.957-2). Contudo, aceitou a oferta da médica Dr.ª Simone, consistente num pacote completamente grátis da dieta Neocate, Criança Sem Alergia, incluindo médico, nutricionista e advogado (*verbis*).

O Estado informa, ainda, que "o advogado desta última ação é o mesmo do presente *mandamus*" e que há "crescente número de ações de mandado de segurança manejadas nos últimos tempos [...] envolvendo invariavelmente o mesmo advogado e as dietas Neocate e Pregomin". O Estado pede, assim, a revogação da liminar deferida.

O relatório médico de f. 25 indica o uso de oito latas por mês, pelo período mínimo de seis meses. Nem a receita nem o relatório têm data. A inicial foi protocolizada em 19.08.2010.

É bom lembrar que esse tipo de leite é, em geral, indicado até seis meses de idade, com início, então, de retirada paulatina para consumo de outros alimentos. A criança em questão estará completando um ano em 15.05.2011.

Em 05.11.2010, foi a Secretaria de Saúde notificada sobre o deferimento de oito latas por mês pelo período de quatro meses. Assim, em 05.03.2011, completou-se o quarto mês de fornecimento, mas possibilitou-se o fornecimento de apresentação de novo pedido médico por mais dois meses. Portanto, até 05.05.2011, o fornecimento estará dentro do prazo liminarmente deferido.

Assim sendo, com o término de seis meses de fornecimento, completou-se o período inicialmente previsto pela médica para o uso pela criança.

Considerando, assim, que o leite Neocate é indicado até a idade de seis meses, em regra, ou pelo prazo de seis meses; que a criança já está completando 1 ano de idade; que as informações da SES é de que está havendo uso indiscriminado de ações referentes a esse

nutriente; que a disponibilização dos nutrientes, de acordo com a Política Nacional de Alimentação e Nutrição, aprovada pela Portaria nº 710/99, cabe aos Municípios; mantenho os efeitos da liminar antes deferida e dou por cumprida a segurança com o fornecimento já verificado, de quatro meses, ou de seis, se implementada a tempo e hora a complementação da receita, na forma determinada.

Assim sendo, concedo a segurança, nos limites temporais aqui especificados e determino que se remetam cópias de f. 86/95 à douta Procuradoria-Geral de Justiça, para conhecimento dos fatos ali narrados, bem como da petição inicial.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ARMANDO FREIRE, ALBERTO VILAS BOAS, AFRÂNIO VILELA, RONEY OLIVEIRA, GERALDO AUGUSTO e CAETANO LEVI LOPES.

Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA.

...

Testamento - Anulação - Falsidade da assinatura - Prova pericial oficial conclusiva - Testemunhas - Art. 1.632, II, do Código Civil de 1916 - Inobservância - Nulidade

Ementa: Apelação cível. Ação ordinária. Anulação de testamento. Falsidade da assinatura. Prova pericial oficial conclusiva. Art. 1.632 do CC/1916. Inobservância. Nulidade.

- O laudo pericial oficial goza de presunção *juris tantum* de veracidade, competindo à parte que pretende desconstituí-lo produzir prova robusta para infirmá-lo. Caso contrário, a conclusão da perícia deve prevalecer.

- Por força do art. 1.632, II, do Código Civil de 1916, vigente ao tempo da lavratura do testamento, as testmunhas devem assistir a todo o ato, sob pena de nulidade.

Sentença reformada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.02.051432-2/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante adesivo: L.F.C.A. - Apelantes: 1º) Espólio de A.P.P., 2º) D.C.P., 3º) A.F.M. - Apelados: D.C.P., Espólio de A.P.P., L.F.C.A., A.F.M. - Relator: DES. SILAS VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Kildare Carvalho, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DO APELO ADESIVO. DAR PROVIMENTO PARCIAL AO PRIMEIRO E AO SEGUNDO RECURSOS, PREJUDICADO O TERCEIRO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2011. - *Silas Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentações orais, pelo primeiro apelante, o Dr. José Carlos Sthephan e, pelo terceiro apelante, o Dr. Guilherme Carlos de Freitas Bravo.

DES. SILAS VIEIRA - Sr. Presidente.

Registro a minha atenção às sustentações orais produzidas da tribuna.

Meu voto é o seguinte.

Trata-se de recursos interpostos contra a r. sentença de f. 1.252/1.261, proferida nos autos da ação ordinária de nulidade de ato jurídico, c/c perdas e danos, proposta pelo Espólio de A.P.P., representado pela inventariante, D.M.P.S., tendo atuado como assistente técnica do autor a herdeira D.C.P., em face de A.F.M. e L.F.C.A., por via da qual o MM. Juiz julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando o autor e a assistente ao pagamento de 90% e 10% das custas processuais, respectivamente, e honorários sucumbenciais no valor de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) a cargo do autor, que arcará, ainda, com as despesas decorrentes da prova pericial.

O autor apela às f. 1.262/1.285, sustentando, em síntese, que a sentença desconsiderou a prova pericial oficial pela qual foi comprovada a falsidade da assinatura aposta no testamento que se pretende anular, prestigiando, em contrapartida, a prova técnica produzida pela parte adversa, sem o crivo do contraditório, que concluiu em sentido contrário.

Afirma que uma das testemunhas que teria presenciado o ato de lavratura do testamento público, quando ouvida em juízo, não reconheceu a fotografia do testador que lhe foi apresentada, e que as demais também não comprovaram, de forma inequívoca, que o Sr. A.P.P. esteve no Cartório e assinou o testamento.

Questiona o fato de a sentença não ter considerado que o testamento foi lavrado na cidade de Três Ilhas, onde o *de cujus* não possuía amigos, parentes, nem bens.

Pede a reforma da sentença, com a procedência dos pedidos iniciais.

Às f. 1.286/1.301, a assistente técnica do autor apresenta seu recurso de apelação, pugnando, preliminarmente, pelo julgamento do agravo retido de

f. 883/884, a fim de que seja desentranhado dos autos o parecer apresentado a destempo pelo assistente técnico do réu.

Argumenta que, além da prova da falsidade da assinatura, outros elementos indicam a ocorrência da fraude, a exemplo do fato de o testamento ter sido lavrado em Cartório em cidade diversa daquela onde o testador costumava registrar seus documentos, inclusive deixando legado a pessoa com quem tinha tido recente desavença. Acresce que o documento foi lançado em livro em que já havia carimbo de encerramento, e que a guia de recolhimento do tributo estadual (DAE) relativa ao registro do testamento não continha autenticação mecânica.

Busca, ao final, a reforma da sentença, ante a robusta prova da falsidade da assinatura do testador, destacando que

> o laudo elaborado pela Secretaria de Segurança Pública e mencionado na sentença como divergente do laudo oficial não possui qualquer credibilidade e validade, uma vez que foi confeccionado tomando como peça-padrão (assinatura verdadeira) uma assinatura também falsa do testador, elaborado em ficha de assinatura do mesmo Cartório em que o testamento foi lavrado e no mesmo dia (f. 1.296).

O primeiro e segundo requeridos interpõem, respectivamente, apelação (f. 1.303/1.313) e recurso adesivo (f. 1.315/1.318), pedindo a reforma da sentença apenas para que seja majorado o valor dos honorários de sucumbência a que foi condenado o autor.

Vieram contrarrazões às f. 1.328/1.394, 1.395/1.436, 1.437/1.441, nestas duas últimas tendo sido arguidas questões preliminares, e 1.442/1.445.

Às f. 1.469/1.471 e 1.473/1.474, a parte autora e a assistente técnica, respectivamente, comprovaram o recolhimento da complementação do preparo recursal.

O segundo requerido apresentou pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, pedido deferido à f. 1.494.

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso adesivo e desprovimento do agravo retido, bem como do primeiro e segundo apelos, e pelo provimento do terceiro apelo, a fim de que os honorários de sucumbência sejam fixados em percentual sobre o valor da causa.

É, em síntese, o relatório.

Aprecio, de início, as preliminares de não conhecimento do primeiro e segundo apelos, arguidas pelo primeiro requerido nas contrarrazões de f. 1.328/1.394 e 1.395/1.436, e de não cabimento do recurso adesivo, suscitada pela 2ª apelante nas contrarrazões de f. 1.442/1.445.

Preliminar - Não conhecimento do primeiro e segundo recursos de apelação.

Rejeito as preliminares acima apontadas, visto que ambas as apelantes se desincumbiram de impugnar os fundamentos da sentença, e, se, em suas razões recursais, elas transcreveram alguns trechos do laudo do perito oficial, bem como de depoimentos de testemunhas ouvidas nos autos, fizeram-no na tentativa de demonstrar o desacerto da sentença vergastada.

Preliminar - Não cabimento do recurso adesivo do segundo requerido.

A assistente técnica da parte autora suscita preliminar de não cabimento do apelo na forma adesiva, ao argumento de que o recurso adesivo somente é admissível no caso de haver sucumbência recíproca.

Aduz que

> [...] caso o réu estivesse irresignado com o valor referente à condenação em honorários advocatícios, lhe havia aberta a via do recurso de apelação para que este discutisse tal valor, buscando a majoração do mesmo. O que não se pode admitir é que a parte tenha ficado inerte, deixando transcorrer *in albis* o prazo recursal, pretenda usar da interposição adesiva para modificar questão com a qual já havia se conformado (f. 1.439/1.440).

O recurso adesivo é previsto no art. 500 do CPC, que dispõe:

> Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes:
> I - será interposto perante a autoridade competente para admitir o recurso principal, no prazo de que a parte dispõe para responder;
> II - será admissível na apelação, nos embargos infringentes, no recurso extraordinário e no recurso especial;
> III - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal, ou se for ele declarado inadmissível ou deserto.
> Parágrafo único. Ao recurso adesivo se aplicam as mesmas regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal superior.

Pelo que se extrai da redação do mencionado dispositivo legal, a interposição do recurso na forma adesiva pressupõe a ocorrência de sucumbência recíproca, podendo autor e réu aderir ao recurso interposto pelo outro.

De fato, não houve sucumbência recíproca, tendo o MM. Juiz sentenciante julgado o pedido inicial totalmente improcedente.

Cabia ao segundo requerido, se assim o desejasse, interpor o competente recurso de apelação, de forma independente, como fez o primeiro requerido, no intuito de ver majorados os honorários de sucumbência a que foi condenada a parte autora.

Não se mostra cabível, contudo, a interposição do apelo na forma adesiva, razão pela qual dele não conheço.

Ressalto, por oportuno, que o não conhecimento do recurso não trará prejuízos ao recorrente, uma vez que o primeiro requerido ofertou oportuno e tempestivo apelo, sendo certo que o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses (art. 509, CPC).

Ainda que fosse considerado cabível o recurso adesivo, foi ele interposto sem o devido preparo, sendo certo que o recorrente não era beneficiário da justiça gratuita, ao contrário do alegado à f. 1.315, e não pugnou, naquela peça recursal, pela concessão da gratuidade, daí ser o mesmo deserto.

Com essas considerações, não conheço do apelo adesivo aviado por L.F.C.A..

Conheço do primeiro, segundo e terceiro recursos, visto que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Ab initio, não conheço do agravo retido de f. 343/347, porquanto não requerida a sua apreciação, preliminarmente, na apelação, em inobservância ao disposto no art. 523, § 1°, do CPC.

Conheço do agravo retido de f. 883/884, tendo sua apreciação pelo Tribunal sido expressamente requerida em razões de apelação, à f. 1.287.

Agravo retido (f. 883/884).

A segunda apelante, assistente litisconsorcial do Espólio autor, agravou na forma retida da decisão de f. 872/873, via da qual o MM. Juiz, apesar de reconhecer a intempestividade do parecer apresentado pelo assistente técnico do réu, determinou que o documento permanecesse nos autos.

A recorrente, nas razões de f. 883/884, pugnou pela reforma da decisão, para que o parecer extemporâneo fosse desconsiderado, ao fundamento de que deve ser dispensado tratamento igualitário às partes, havendo que se considerar precluso o direito para apresentação do parecer do assistente técnico do réu, uma vez que expirado o prazo legal.

Compulsando os autos, observo que, de fato, o parecer do assistente técnico do réu foi apresentado a destempo, o que restou reconhecido pelo Juízo singular.

O Magistrado singular entendeu pela permanência do laudo nos autos ao fundamento de que, sendo ele destinatário das provas produzidas, deve buscar elementos suficientes ao julgamento da ação.

A meu ver, o desentranhamento do laudo pericial apresentado pelo assistente técnico das partes, ou a sua desconsideração, como pede a recorrente, não se mostra providência necessária, porquanto, tendo sido produzido no interesse de uma das partes, não goza da presunção de imparcialidade, devendo ser analisado com parcimônia no momento da ponderação das provas produzidas nos autos.

Embora a conclusão do assistente técnico lançada no referido laudo tenha sido considerada pelo Juízo singular, não foi ela, por si só, determinante para o julgamento da causa.

Não se pode olvidar que a presente demanda é demasiadamente complexa, e que a permanência do laudo não traz prejuízo ao regular andamento do processo, não havendo que se falar em sua desconsideração, mas, sim, no seu adequado sopesamento, diante das demais provas produzidas, entre as quais o laudo elaborado pelo perito oficial.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo retido aviado por D.C.P.

Sendo comuns as alegações de mérito aduzidas no primeiro e segundo recursos de apelação, passo a analisá-los conjuntamente.

Primeiro e segundo recursos de apelação.

Pelos recursos de apelação de f. 1.262/1.285 e 1.286/1.301, o Espólio autor e sua assistente litisconsorcial, respectivamente, pretendem a reforma da sentença pela qual foram julgados improcedentes os pedidos iniciais.

Argumenta o primeiro recorrente que a prova pericial elaborada pelo perito oficial, corroborada pelo laudo aviado pelo assistente técnico do autor, comprovou a falsidade da assinatura imputada ao testador, e que o MM. Juiz singular, para desconsiderar o laudo pericial, amparou-se nas demais provas produzidas nos autos, notadamente a testemunhal; contudo, não valorou a prova oral naquilo que comprova a falsidade do testamento, em especial os depoimentos das testemunhas C.T.E. e J.R.

C.T.E. esclareceu, quando ouvida, que residiu com o *de cujus* por 36 anos; que desconhecia a existência do testamento ou interesse do falecido em deixar legado a A.F.M., primeiro requerido; que o falecido teve desavença com o requerido, revogando a procuração a este antes outorgada e proibindo-o de entrar no prédio onde morava. J.R., que atuou como testemunha presente no ato da lavratura do testamento, por sua vez, não teria reconhecido o testador pela fotografia que lhe foi mostrada por ocasião da audiência de instrução, e afirmou que não conhecia o testador, não leu o testamento, desconhecendo seu conteúdo.

Aduz o primeiro apelante que o testamento é nulo, por ter sido lavrado "por autoridade cartorial incompetente para o ato, em comarca diversa da residência do suposto testador, onde sequer possuía parentes ou bens" (f. 1.280), bem como que o testador era portador do Mal de Parkinson, razão pela qual estaria impedido, por razões médicas, de realizar o ato. Alega que o testamento não foi lido pelo oficial do Cartório na presença das testemunhas e do testador, e que aquelas não assistiram a todo o ato, o que teria sido ignorado na sentença.

Relata que o Cartório em que foi lavrado o testamento não possuía livro próprio para testamento e registro de atos cartoriais, e que foi submetido a sindicância

pelo Judiciário local. Ainda, afirma que o segundo requerido, tabelião responsável pelo ato, responde a processo criminal e que teria perdido o direito de explorar o serviço cartorial, o que indicaria a proposital escolha daquele ofício para a prática da fraude.

Por sua vez, a segunda apelante também ressalta a prova da falsidade da assinatura constante dos autos e indica outros elementos que revelam a ocorrência da fraude, entre os quais o fato de ter sido o testamento lavrado em Cartório em cidade diversa daquela onde o testador costumava registrar seus documentos, deixando legado a pessoa com quem tinha tido recente desavença, e de o documento ter sido lançado em livro em que já havia carimbo de encerramento, além da constatação de a guia de recolhimento do tributo estadual (DAE) relativa ao registro do testamento não conter autenticação mecânica.

Acrescenta que

> o laudo elaborado pela Secretaria de Segurança Pública e mencionado na sentença como divergente do laudo oficial não possui qualquer credibilidade e validade, uma vez que foi confeccionado tomando como peça-padrão (assinatura verdadeira) uma assinatura também falsa do testador, elaborado em ficha de assinatura do mesmo Cartório em que o testamento foi lavrado e no mesmo dia (f. 1.296).

De resto, pedem os recorrentes a reforma da sentença, a fim de que sejam julgados procedentes os pedidos iniciais.

Pois bem.

Está-se diante de demanda complexa, em que se alega a nulidade de um testamento, devendo-se apurar a validade do documento para que seja resguardada, tanto quanto possível, a verdade real quanto à vontade do testador.

É certo que o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença (art. 364, CPC).

In casu, L.F.C.A., segundo requerido, tabelião do Cartório de Notas e Registro de São José das Três Ilhas, Município de Belmiro Braga, circunscrito à Comarca de Juiz de Fora, afirma que, no dia 5 de agosto de 2002. compareceu ao Cartório A.P.P., que lavrou testamento público, destinando 50% de suas cotas na empresa Viação São Francisco Ltda. em favor de A.F.M., primeiro requerido (f. 23/24).

O testador faleceu aos 27 de setembro de 2002, deixando duas filhas que desconheciam a existência do testamento, tanto assim que requereram a abertura do inventário, acontecendo após que foram surpreendidas com a informação de que havia sido instituído o legado em discussão.

Questiona-se, nos presentes autos, a validade do testamento, estando a pretensão autoral amparada em dois pontos centrais: a regularidade formal da lavratura do documento e a falsidade da assinatura do testador.

Importante deixar claro que o simples fato de ter sido lavrado o testamento em tabelionato de São José das Três Ilhas, Cartório diverso daquele em que o testador costumava registrar seus documentos, situado em localidade onde o mesmo não possui parentes, amigos, ou bens, apesar de causar estranheza, não conduz à nulidade do documento.

Apesar de terem sido constatadas várias irregularidades concernentes à forma de escrituração praticada naquele Cartório, tais como a falta de rubrica às folhas e inutilização dos espaços em branco, lançamento em livro antigo, que já continha carimbo de encerramento e folhas soltas, a questão da irregularidade formal do documento restou superada pela inspeção judicial em que se concluiu pela validade formal do testamento.

Resta, portanto, indagar sobre a autenticidade da assinatura do testador.

Nesse ponto, tenho que o recurso dos autores merece provimento.

O Código de Processo Civil prevê que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (art. 333). O art. 389, por sua vez, assim dispõe, quanto à ação em que se discute a validade do documento e a falsidade da assinatura:

> Art. 389. Incumbe o ônus da prova quando:
> I - se tratar de falsidade de documento, à parte que a argüir;
> II - se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento.

Assim, não só a parte autora deve comprovar a alegada falsidade do documento, como também ao tabelião incumbe a defesa da autenticidade da assinatura nele aposta.

Após analisar o extenso conjunto probatório, concluo que o Espólio autor e sua assistente litisconsorcial lograram comprovar a falsidade da assinatura lançada no testamento como sendo de A.P.P..

Como cediço, o laudo pericial oficial goza de presunção *juris tantum* de veracidade, competindo, à parte que pretende desconstituí-lo, produzir prova robusta a infirmá-lo. Caso contrário, a conclusão da perícia deve prevalecer. A jurisprudência é copiosa, no sentido de que "as conclusões da prova pericial oficial prevalecem em juízo até prova em contrário" (*RT* 521/253).

Não obstante o esforço de argumentação dos apelados, as ponderações feitas pelo Ministério Público e os fundamentos da sentença, o laudo oficial constitui-se como prova eficiente para o deslinde da questão, não tendo os recorridos trazido aos autos elementos mínimos capazes de infirmá-lo, e mostrou-se detalhado, tendo respondido a todos os quesitos formulados pelas partes, inclusive aos questionamentos suplementares, e concluiu, com segurança que:

> - a assinatura atribuída a A.P.P. presente na escritura pública de testamento, lavrada no Cartório de São José das Três Ilhas, em 05 de agosto de 2002, na qual apontado este como o Outorgante Testador, é inautêntica, trazendo aquelas características próprias para classificá-la como produto de falsificação de memória.
> - as assinaturas atribuídas a A.P.P. presentes, no cartão de assinaturas, dito também inautênticas, estas, como aquela questionada, apresentando as características próprias da falsificação de memória.
> - no que se refere especificamente à comparação e confronto entre o lançamento da escritura pública de testamento e lançamentos do cartão de assinaturas, visto em ambos um traçado sob esforço, moroso, onde desta feita, presentes conformações assemelhadas entre si. Notável, nestas, a tentativa de reproduzir o aspecto geral do traçado da assinatura autêntica (f. 651/652).

Por certo, há nos autos outros laudos periciais em que se concluiu pela autenticidade da assinatura, como também há outros em que se concluiu pela inautenticidade.

Com efeito, cinco são os laudos periciais constantes dos autos.

Ao contrário do que entendeu o Magistrado singular, o laudo juntado pelo réu (f. 379/392, repetido às f. 414/427) não goza da mesma força probante que o laudo elaborado pelo perito oficial, porquanto, apesar da credibilidade dos profissionais que o elaboraram, além de não ter contado com a participação das partes, em amplo contraditório, tomou como peça-padrão para averiguação da firma do testador o cartão de assinaturas aberto naquele mesmo Cartório, no mesmo dia, pela mesma pessoa que firmou o testamento, cartão esse que foi analisado pelo perito oficial, com a conclusão de falsidade da assinatura.

Considerando-se que a prova da falsidade da assinatura se faz pela prova pericial grafotécnica, não se pode deixar de lado as seguras conclusões a que chegou o perito oficial.

Importante registrar que a perícia técnica considerou o fato de o testador ser portador do Mal de Parkinson, tendo, por isso, utilizado, como peça-padrão, documentos por ele assinados pouco tempo antes e, também, após a data em que foi lavrado o testamento. Naquela assinatura, como se observa à f. 654, o perito destacou que se podia observar um traçado típico de psicomotricidade prejudicada, mas que, ainda assim, guardava convergências com as demais peças-padrão, e divergências quanto à peça-motivo.

Sabe-se que, em decorrência das conclusões do laudo pericial oficial, o Ministério Público requereu o desarquivamento do processo criminal existente contra os apelados, conforme cópia da denúncia trasladada às f. 1.048/1.052, em que se apontou a falsificação:

> Restou caracterizado, finalmente, pelo extenso e bem fundamentado laudo pericial de f. 224/279, realizado por determinação do Juízo da 7ª Vara Cível desta Comarca, nos Autos nº 145.02.051432-2, e cuja juntada a estes autos de inquérito policial fora requerida pelo Ministério Público às f. 182/184, que, tanto a assinatura constante da escritura pública de testamento, não tendo sido produzida pelo punho subscritor de A.P.P., quanto os padrões de assinatura colhidos na mesma data no próprio Cartório de Notas de São José das Três Ilhas são inautênticos, tendo em vista a comparação realizada entre tais assinaturas e os demais padrões, autênticos, da vítima, inclusive firmadas após a data da lavratura do suposto testamento (f. 1.051).

Como bem entendeu o MM. Juiz sentenciante, o julgador não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 436, CPC). Nesse contexto, não obstante a segura conclusão lançada no laudo pericial oficial, do cotejo das demais provas produzidas também se extraem evidências, que apontam para a falsidade do testamento.

Ao que consta dos autos, A.F.M. detinha procuração com amplos poderes para tratar dos negócios de Antônio, procuração esta que foi revogada em 10.07.2002, um mês antes da lavratura do testamento. Ao que relatou C., companheira do falecido A.P.P., a revogação se deu porque o falecido e o primeiro réu tiveram uma desavença, tendo Antônio proibido expressamente a entrada do réu em seu prédio.

Causa estranheza que um mês após a referida desavença o Sr. Antônio lavrasse testamento beneficiando o réu, buscando Cartório diverso daquele em que habitualmente registrava seus documentos, entre os quais a procuração por instrumento público passada ao réu e sua posterior revogação. Fato que, por si só, não conduz à conclusão de que tenha havido fraude, mas, tomado em conjunto com a prova pericial e demais irregularidades formais do documento questionado, traz fortes indícios que corroboram a tese de falsidade do documento.

Conforme já relatado, as testemunhas presenciais do testamento não conheciam A.P.P., e, à exceção de uma delas, não reconheceram o testador através da fotografia que a elas foi exibida pela comissão processante que realizou sindicância administrativa no Cartório:

> [...] em que pese somente uma delas, o Sr. E.M.R., haver reconhecido o Sr. A.P.P. através da fotografia a ele exibida pelos integrantes da Comissão Processante, todos foram unânimes em afirmar que no local se encontrava presente um senhor de idade, que se pressupõe seja o testador (f. 297 - decisão proferida na Sindicância Administrativa nº 618/2003, em apenso, pela MM. Juíza Diretora do Foro).

A testemunha J.R.S., que deveria ter assistido a todo o ato, afirmou que "não se recorda da pessoa de A.P.P., mesmo porque o Cartório era pequeno e nem todos puderam ficar no local" (f. 1.210), o que evidencia grave irregularidade, que não pode ser desconsiderada.

Outra testemunha, A.V.G., afirmou à f. 1.211 que "não viu o momento em que A.P.P. teria assinado o termo de testamento".

Além da prova pericial oficial, que, de forma concludente, reputou falsa a assinatura, não se pode olvidar que o art. 1.632 do Código Civil de 1916, vigente ao tempo da lavratura do documento, elenca os requisitos essenciais do testamento público, entre os quais que as testemunhas assistam a todo o ato (art. 1.632, II, CC de 1916), o que, ao que se observa dos testemunhos colhidos nos autos, pelos trechos supratranscritos, não foi observado, o que também conduz à nulidade do testamento.

Como dito, a demanda em questão é complexa, sendo vasto o conjunto probatório constante dos autos. Depois de ponderar os elementos de prova, ao contrário do que entendeu o MM. Juiz singular, não vislumbrei elementos suficientes que pudessem afastar a robustez da prova pericial oficial, pela qual se concluiu pela falsidade da assinatura lançada no testamento como sendo de A.P.P. Concluo, portanto, que a sentença merece reforma, a fim de que seja declarada a nulidade da Escritura Pública de Testamento de f. 23/24.

Tenho que o pedido de condenação dos réus em indenização por danos morais e materiais não procede.

Apesar de ter sido comprovada a nulidade do testamento, a parte autora não demonstrou ter sofrido qualquer dano passível de indenização.

Em que pese A.F.M. ter sido beneficiado pelo testamento, e o segundo (L.F.C.A.) ter produzido o documento, não foi comprovada a participação deles na falsificação da assinatura, sendo necessária a individualização das condutas de cada um dos responsáveis pela fraude para que se verifique o dever de indenizar.

Com a procedência parcial dos pedidos iniciais, restou prejudicado o terceiro apelo, pelo qual o primeiro requerido pretendia tão somente a majoração dos honorários de sucumbência a que havia sido condenada a parte autora.

Em conclusão, por todo o exposto, não conheço do apelo adesivo aviado por L.F.C.A.. Não conheço do agravo retido de f. 343/347 e nego provimento ao agravo retido aviado por D.C.P. (f. 883/884).

Dou parcial provimento ao primeiro e segundo apelos, para julgar parcialmente procedente o pedido inicial, declarando a nulidade da Escritura Pública de Testamento de f. 23/24, a fim de que esta não surta qualquer efeito.

Julgo prejudicado o terceiro recurso (A.F.M.).

Ante a sucumbência recíproca, condeno os réus ao pagamento de 90% (noventa por cento) das custas processuais e recursais e de honorários advocatícios de sucumbência no percentual de 10% sobre o valor atribuído à causa, devendo os outros 10% (dez por cento) ser suportados pela parte autora.

É como voto.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Sr. Presidente.

Registro que estive atento às sustentações orais feitas da tribuna.

A matéria, realmente, é complexa, mas o conjunto probatório, em que pese a argumentação da ausência de vinculação, seja em relação a prova testemunhal, seja a laudo pericial, aliás, prova testemunhal que Malatesta afirmava ser a prostituta das provas, a oitiva da companheira por 36 anos do falecido, as duas, três, quatro, cinco provas periciais existentes nos autos, concluo, de forma inarredável, para acompanhar o douto Relator, que, com absoluta presteza, verdadeira esteta do Direito, fez a colocação, de tal sorte a colocar cobro à situação posta dentro dos autos.

DES. KILDARE CARVALHO - Gostaria de fazer um exame mais aprofundado e, por isso, peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O VOGAL, APÓS VOTAREM, O RELATOR E O REVISOR, QUE PROVIAM EM PARTE O PRIMEIRO E O SEGUNDO RECURSOS E DAVAM POR PREJUDICADO O TERCEIRO RECURSO.

Notas taquigráficas

DES. KILDARE CARVALHO (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 07.04.2011, a meu pedido, após votarem o Relator e o Revisor provendo em parte os primeiro e segundo recursos e dando por prejudicado o terceiro.

O meu voto é o seguinte.

Após pedir vista dos autos para uma melhor análise da controvérsia posta em debate, tal como explicitado no alentado voto do em. Desembargador Relator, Silas Vieira, estou convencido de que a hipótese em apreço é mesmo de decretação de nulidade do ato jurídico, haja vista os inúmeros indícios de irregularidades dos quais se revestiu a elaboração do testamento em questão, ao arrepio das disposições trazidas pela legislação civil vigente à época dos fatos, conclusão esta que se extrai da leitura do vasto conjunto probatório carreado ao processado, em especial a prova pericial oficial, que atestou não ser autêntica a assinatura do testador aposta no malsinado documento.

Feitas essas breves considerações, acompanho o voto apresentado pelo em. Desembargador Relator, Silas Vieira, para não conhecer do apelo adesivo, dar parcial provimento aos primeiro e segundo recursos e julgar prejudicado o terceiro apelo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO APELO ADESIVO. DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO PRIMEIRO E AO SEGUNDO RECURSOS, PREJUDICADO O TERCEIRO RECURSO.

...

Instituto Estadual de Florestas (IEF) - Apreensão de tratores - Ausência de licenciamento - Devolução - Tutela antecipada - Concessão - Audiência de justificação - Não exigência - Art. 928 do CPC - Inteligência - Natureza do pedido - Reivindicatório - Titularidade dos bens comprovada - Causa da apreensão - Cessação - Negativa de restituição - Abusividade

Ementa: Ação ordinária. Pedido de restituição de tratores apreendidos pelo IEF, em razão de ausência de licenciamento. Tutela antecipada deferida. Desnecessidade de prévia justificação. Inaplicabilidade do parágrafo único do art. 928 do CPC. Ausência de pedido possessório, na forma do procedimento especial previsto nos arts. 926 e seguintes do CPC. Pedido reivindicatório, formulado com base no direito de propriedade. Prova da titularidade dos bens. Prova da cessação da causa da apreensão. Abusividade da negativa de restituição do bem. Pedido julgado procedente. Sentença mantida.

- Havendo simples pedido de reivindicação de coisa apreendida administrativamente, não é mister, para a concessão da tutela antecipada, a realização de audiência de justificação, sendo inaplicável, no caso, o parágrafo único do art. 928 do CPC, já que não se trata de pedido de proteção possessória, na forma do procedimento especial previsto nos arts. 926 e seguintes do CPC.

- Demonstrando o autor a titularidade sobre os bens apreendidos, bem como a cessação da causa da apreensão administrativa e a negativa de devolução, cabível é o deferimento do pedido de restituição.
Recurso negado, com a manutenção da sentença.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0456.09.069005-2/001 - Comarca de Oliveira - Apelante: IEF - Instituto Estadual de Florestas - Apelado: L.C.L. - Relatora: DES.ª SANDRA FONSECA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 31 de maio de 2011. - *Sandra Fonseca* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SANDRA FONSECA - Cuida-se de apelação interposta por IEF- Instituto Estadual de Florestas, em face da r. sentença de f. 33\40, que, nos autos da ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, proposta por L.C.L., julgou parcialmente procedente o pedido, deferindo ao autor a posse de dois tratores anteriormente apreendidos pelo réu, condenando este último, ainda, no pagamento das custas, bem como em honorários advocatícios, no valor de 20% sobre a sucumbência.

Inconformado, apela o réu para este Tribunal, alegando que não houve esbulho, uma vez que os tratores foram regularmente apreendidos, uma vez que o autor não portava licenciamento especial para uso dos veículos junto ao órgão ambiental. Aduz, ainda, que não poderia ser concedida a liminar contra ente público, sem audiência de justificação, na forma do parágrafo único do art. 928 do CPC, requerendo, ao final, a reforma da sentença.

Devidamente intimado, o apelado, não apresentou contrarrazões.

Compulsando os autos, verifica-se, pelos documentos de f. 11/14, que foram apreendidos dois tratores que estavam na posse do apelado, ao fundamento de que este último não portava a licença junto ao órgão ambiental.

O apelado, alegando que os tratores são de sua propriedade, ajuizou a presente ação ordinária, requerendo a restituição dos bens, ao fundamento de que retirou as licenças competentes, mas que o IEF se recusou a devolver-lhe os veículos, ao fundamento de que a devolução dependeria de manifestação da Unidade do IEF da cidade de São João del-Rei e que o funcionário responsável estaria de férias, não se sabendo quando iria retornar (vide petição inicial, f. 03).

O digno Juiz sentenciante concedeu a tutela antecipada.

Citado, o Instituto Florestal não ofereceu contestação, apresentando a informação de f. 33/34, assinada por funcionário da referida autarquia, dando conta de que há dúvidas sobre qual órgão interno do IEF seria o responsável pela restituição.

Ora, como se pode depreender dos termos da petição inicial, não houve qualquer pedido de proteção possessória, baseado em esbulho ou turbação, mas verdadeiro pedido de reivindicação, com base no direito de propriedade, ao fundamento de que, cessada a causa da apreensão, o órgão competente se negava a devolver os bens.

Dessa forma, não há que se falar em prévia audiência de justificação de posse, como pretende o apelante, já que não se pediu qualquer proteção possessória contra ente público, na forma do procedimento especial dos arts. 926 e seguintes do CPC, mas simples restituição, não tendo o digno Juiz de primeiro grau, por outro lado, concedido liminar, na forma do art. 928 do CPC, mas sim tutela antecipada, no sentido de que fossem os tratores restituídos ao autor.

Não há, portanto, que se cogitar da aplicação do parágrafo único do art. 928, no caso dos autos.

Noutro giro, tem-se que o apelado demonstrou satisfatoriamente a titularidade dos bens, para fins de restituição.

Com efeito, tratando-se de bens móveis, a transmissão de sua propriedade se dá pela simples tradição da coisa, presumindo-se que esta ocorre quando o adquirente está na posse dos bens (art. 1.267, parágrafo único, do Código Civil de 2002).

É incontroverso, nos autos, que o apelado detinha a posse dos tratores quando de sua apreensão, verificando-se, ainda, que foram apresentados os recibos de compra das máquinas (f. 23 e 24), pelo que se presume a titularidade dos bens, para fins da restituição pedida.

Por outro lado, o apelado também demonstrou a regularização da licença dos tratores junto ao Órgão Ambiental (documentos de f. 10, 16 e 17), bem como o pedido de restituição (f. 08), não tendo o réu contraditado, por outro lado, a negativa de restituição, já que ficou revel. Na verdade, o apelado até a confirmou, através do supracitado documento de f. 33/34, que informa a dúvida administrativa sobre a competência para a devolução dos bens.

Nessa esteira, tem-se que é abusiva a negativa de restituição dos bens, seja em razão da dúvida sobre a competência para a sua restituição, seja em razão das férias do funcionário responsável, já que, cessada a causa da apreensão, não é justo que o apelado fique privado de seus bens, mormente quando os utiliza como meio de sustento, como alega na inicial, pelo que cabível é a restituição requerida.

Com esses fundamentos, portanto, reconhecendo o direito do apelado à restituição pretendida, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença recorrida.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS e EDILSON FERNANDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

. . .

Inumação de terceiro sem autorização - Jazigo perpétuo - Cemitério municipal - Responsabilidade objetiva do Município - Indenização - Dano moral - Fixação em número de salários mínimos - Impossibilidade - Juros e correção monetária - Deferimento de ofício - Natureza da ordem pública das parcelas - Art. 293 do CPC - Inteligência

Ementa: Apelação cível. Administrativo. Inumação de terceiro em jazigo perpétuo. Responsabilidade civil objetiva do Município.

- O ente municipal responsável pela venda e administração de terrenos em cemitério municipal responde civilmente e de forma objetiva pela inumação de terceiro sem autorização da família, em túmulo perpétuo de sua propriedade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0384.08.071691-1/001 - Comarca de Leopoldina - Apelante: Município de Leopoldina - Apelados: J.E.C.I. e outros - Relator: DES. VIEIRA DE BRITO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Bitencourt Marcondes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de maio de 2011. - *Vieira de Brito* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VIEIRA DE BRITO - Trata-se de "ação indenizatória por danos morais" ajuizada por J.E.C.I. e outros, em face do Município de Leopoldina.

À f. 45, o MM. Juiz *a quo* deferiu a inclusão de Joana D'Arc Carneiro Inácio e Luciene Carneiro Inácio no polo ativo da relação processual, contra o que não se insurgiu o réu.

Na sentença de f. 81/86, o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Leopoldina julgou procedentes os pedidos iniciais e condenou a Municipalidade ao pagamento de R$ 280,00, a título de danos materiais, acrescidos de juros legais a partir da citação e corrigidos monetariamente pelos índices da CGJMG, e 50 salários-mínimos, a título de danos morais. Condenou o réu, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos

honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação. A sentença não foi submetida ao duplo grau de jurisdição.

Inconformado com o teor da sentença, o Município de Leopoldina interpôs apelação, alegando, nas razões de f. 91/97, que

> Em momento algum da instrução probatória foi comprovado o efetivo desaparecimento dos restos mortais da mãe do apelado, apenas foram feitas suposições em face da impossibilidade de abertura do jazigo (f. 94).

Afirma que os servidores municipais podem cometer equívocos na administração dos jazigos perpétuos, como no caso em tela, em que dois corpos estão enterrados numa mesma sepultura. Questiona a intenção financeira do autor, ao argumento de que "em momento algum foi requerida a regularização do jazigo perpétuo" (f. 94). Sustenta que não há que se falar em restituição do valor pago pelo jazigo, pois este continua sendo de propriedade do apelado. Repudia a condenação por dano moral, bem como a cifra indenizatória.

Contrarrazões às f. 99/101, batendo pelo desprovimento do recurso.

No essencial, é o relatório.

Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos para a sua admissibilidade, deixando, contudo, de conhecer do reexame necessário, de ofício, com esteio no art. 475, § 2°, do CPC, já que o valor da condenação, ainda que atualizado e corrigido, é inferior a 60 salários-mínimos.

O que se extrai dos autos é que a parte autora pleiteia indenização por danos morais, em decorrência da transferência da titularidade a outrem do jazigo perpétuo pertencente à família e do desaparecimento dos restos mortais de sua mãe, enterrada em outubro de 2005.

Como se sabe, o ordenamento jurídico pátrio, pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil, e do art. 37, § 6º, da Constituição da República, adotou a teoria do risco administrativo, na qual o ente público assim como as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público respondem, de forma objetiva, pelos danos causados aos administrados, *litteris*:

> 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.

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

Responder de forma objetiva significa que não há necessidade de comprovar o dolo ou culpa para a caracterização da responsabilidade, mas apenas da existência do nexo causal, nexo de causalidade, entre o evento danoso e a ação ou omissão, pois a culpa é presumida.

Dessa forma, o dano somente gerará a responsabilidade ao ente público quando for possível estabelecer um nexo de causalidade entre ele (o dano) e a conduta do agente direcionada, não importando se agiu com culpa ou dolo.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF:

> Ementa: 1. Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, § 6º, da CF. Acidente de trânsito. Comprovação do fato e do nexo causal. Indenização por dano material. 3. Incidência das Súmulas 279 e 283 do STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 587311 AgR/RJ - Relator Ministro Gilmar Mendes - *DJe* de 30.11.2010).

Bem como desta Corte:

> Responsabilidade civil do Estado. Acidente ocorrido em estabelecimento municipal de ensino. Teoria do risco administrativo. Indenização. Dano moral. *Quantum*. Recursos conhecidos e não providos.
> I - O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que, no caso de danos decorrentes de atos comissivos ou omissivos, a responsabilidade do Estado é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República.
> II - A responsabilidade do ente estatal por acidente com aluno em escola pública é objetiva, pois decorre do dever de guarda e preservação da integridade dos estudantes, sendo irrelevante a apuração da existência de dolo ou culpa, ainda que se trate de ato omissivo, decorrente da falha na prestação do serviço.
> III - Comprovada a existência do acidente, dano e nexo de causalidade, exsurge o dever do Estado em indenizar a vítima pelos danos sofridos.
> IV - Os danos morais afetam a esfera da subjetividade, não resultando de diminuição patrimonial, mas de dor e desconforto.
> V - O valor da indenização por danos morais deve ter caráter dúplice, tanto punitivo do agente, quanto compensatório em relação à vítima (AC nº 1.0432.03.004475-9/001 - Relator Desembargador Bitencourt Marcondes - *DJe* de 29.07.2010).

> Administrativo. Indenização. Danos materiais. Queda de veículo em barranco. Desvio de estrada construído sem segurança ao trânsito. Culpa exclusiva da vítima não demonstrada. Responsabilidade objetiva. Configuração do nexo causal. Reparação devida.
> I - Adotada, no direito pátrio, a teoria do risco administrativo, a responsabilidade do Poder Público, pode ser excluída por fato de causação exclusivamente imputável à vítima, cujo ônus da prova recai sobre a Administração.
> II - Ausente, no feito, comprovação sobre a excludente, e aferido o nexo de causalidade entre o dano e a conduta pública, impõe-se a manutenção da sentença de procedência do pleito indenizatório (AC nº 1.0194.08.085145-5/001 - Relator Desembargador Fernando Botelho - *DJe* de 13.04.2010).

É de se dizer, desde logo, que o ente municipal responsável pela venda e administração de terrenos em cemitério municipal responde civilmente e de forma objetiva pela inumação de terceiro em túmulo perpétuo praticados por funcionários públicos municipais.

No caso em comento é incontestável que os autores adquiriram o Jazigo Perpétuo nº 397, localizado no Plano PA do cemitério Municipal de Leopoldina, onde estava sepultada sua genitora M.A.C. desde outubro de 2005 (documento de f. 13).

Não obstante, em julho de 2008, o Município de Leopoldina transferiu o sepulcro dos autores a outrem e nele inumou M.M.M., pessoa desconhecida da família dos apelados.

A única testemunha ouvida nos autos afirmou, categoricamente, que o episódio se deu por erro da Administração.

A.C.D.:

> Ocorreu uma fatalidade por parte da administração do cemitério e perfuraram o túmulo errado, fazendo com que duas famílias ficassem com o mesmo túmulo. Que o depoente recebeu autorização do Município para negociar com as famílias envolvidas, mas nenhuma das duas quis fazer acordo. [...] Que não pôde fazer uma nova cova em razão de um dos corpos ali existente não ter tido três anos de enterrado. Que, até se deparar com o autor, a administração do cemitério não sabia do problema. Que assim que soube do problema a administração tentou resolver junto com as famílias.

Não bastasse isso, as fotografias de f. 17/19 demonstram a existência, no jazido de propriedade dos apelados, de uma cruz com uma placa dizendo se tratar do sepulcro de M.M.M.

Com efeito, o fato de os recorridos não terem demonstrado que sua genitora não está enterrada no túmulo de sua família - situação que somente poderia ser apurada mediante exumação - não tem o condão de afastar a responsabilidade civil do Município, mormente porque restou comprovado que no Jazigo Perpétuo nº 397 se encontra sepultada terceira pessoa, sem que houvesse qualquer autorização por parte do titular da perpetuidade.

Como bem asseverado pelo em. Desembargador Edilson Fernandes, na Relatoria do voto nº 1.0625.-09.087942-4/001,

> diante da má administração do cemitério local, aliado à violação, por parte do apelante, do seu dever contratual de guarda do cadáver, torna-se inequívoco o dever de indenizar o dano moral decorrente da violenta dor causada pela surpresa de se constatar que terceira pessoa foi enterrada no mesmo local onde se encontrava ente querido do qual a apelada velava, cujo jazigo foi adquirido a título de perpetuidade. São valores inalienáveis do patrimônio moral humano a dignidade da vida e da morte. O desprezo pelo ser humano após a sua morte gera dor profunda nos seus entes queridos que sofrem a perda da pessoa amada. Como se não bastasse a existência de dano e do nexo de causalidade, há prova da culpa da administração em enterrar o *de cujus* em jazigo que não aquele adquirido pelos autores.

Nessa linha de conta, a conduta negligente da Municipalidade caracteriza os danos morais causados aos apelados, pela violação do direito de personalidade, não se tratando, portanto, de mero dissabor.

Adequada a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

> Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo (*Responsabilidade civil*, 6. ed., p. 344-345).

Em situações similares, assim decidiu esta Corte:

> Ementa: Ação de indenização. Juntada de documento após a inicial. Art. 397 do CPC. Violação de sepultura. Inumação de terceira pessoa em jazigo perpétuo. Responsabilidade civil da administração configurada. Danos morais. Critério de fixação. - É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. Diante da violação do seu dever contratual de guarda do cadáver, torna-se inequívoco o dever do Município de indenizar o dano moral decorrente da violenta dor causada pela surpresa de se constatar que terceira pessoa foi enterrada no mesmo local onde se encontrava ente querido do qual a autora velava, cujo jazigo foi adquirido a título de perpetuidade (AC nº 1.0625.09.087942-4/001 - Relator Desembargador Edilson Fernandes - *DJe* de 16.07.2010).

> Embargos infringentes. Ação de indenização por danos morais e materiais. Jazigo perpétuo. Cemitério municipal. Perda da titularidade. Inobservância do procedimento administrativo previsto na Lei Municipal nº 7.013/95. Impossibilidade de enterro do cônjuge junto à família. Violação dos restos mortais dos familiares. Responsabilidade objetiva do Município de Belo Horizonte. Caracterizados os danos morais e materiais. Manutenção do *quantum* indenizatório. Embargos infringentes rejeitados (AC nº 1.0024.07.671068-0/002 - Relator Desembargador Roney Oliveira - *DJe* de 19.05.2010).

> Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Preliminar. Nulidade da sentença. Pleito de reparação do prejuízo material. Julgamento *ultra* ou *extra petita*. Inocorrência. Rejeição. Violação de jazigo. Exumação de restos mortais. Inumação de terceiro. Responsabilidade do Poder Público Municipal. Administração do cemitério. Obrigação de indenizar dano moral. Desaparecimento dos restos mortais. Culto aos mortos. *Quantum*. Majoração. Razoabilidade e proporcionalidade. - Devem ser indenizados os danos materiais e morais decorrentes de violação de sepultura em cemitério administrado pelo Poder Público Municipal, para exumação dos restos mortais de pessoa da família, sem autorização dos titulares da perpetuidade, e inumação de terceiro. Evidenciado o nexo de causalidade entre a ação praticada pelos agentes públicos, funcionários do cemitério municipal, caracterizada pelo esbulho do jazigo e extravio dos restos mortais e a indubitável lesão causada aos

familiares, a responsabilidade civil do ente público é objetiva, conforme preceitua o art. 37, § 6º, da CF/88. O dano moral classifica-se como lesão a interesses não patrimoniais, surgindo quando a lesão atinge aqueles bens que têm um valor precípuo na vida do ser humano, como a paz, a liberdade individual, a integridade física, a honra, a reputação. Impõe-se a majoração do valor fixado a título de indenização por danos morais com vistas a proporcionar uma satisfação econômica na justa medida do abalo sofrido em decorrência da violação do túmulo do ente querido e extravio de seus restos mortais, evitando enriquecimento sem causa e respeitando, assim, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (AC nº 1.0223.03.127989-4/001 - Relator Desembargador Armando Freire - *DJe* de 20.08.2010).

Direito civil. Apelação. Ação de indenização. Dano moral. Prescrição. Inocorrência. Violação e venda de jazigo em cemitério municipal. Responsabilidade objetiva. Art. 37, § 6º, da Constituição da República. Valor. Fixação. Critério do julgador.
- O termo inicial do prazo prescricional ocorre a partir do dia em que a ação poderia ser proposta e não o foi, consoante o princípio da *actio nata*.
- Comprovado o nexo de causalidade entre o fato lesivo e os danos suportados pelo particular, decorrentes de violação, retirada dos restos mortais e venda de jazigo, sem o consentimento dos familiares do falecido, cabe ao Município arcar com o pagamento da indenização correspondente.
- Inexistindo determinação legal relacionada com o valor reparatório de danos morais, sem qualquer critério objetivo a dimensioná-lo, a prudência do magistrado é que, em última análise, servirá como referencial para a dita fixação, que não deverá ser inócua nem absurda (AC nº 1.0439.03.021636-0/001 - Relator Desembargador Moreira Diniz - *DJ* de 05.12.2006).

Restando demonstrados o dano e o nexo causal, dos quais decorre a insofismável responsabilidade do ente estatal, acarretando-lhe a obrigação de reparar os danos causados, nos termos da legislação vigente.

Dessarte, deve sobreviver a sentença primeva que condenou o Município ao pagamento de danos morais e materiais.

A fixação do valor do dano moral fica adstrita ao exame das circunstâncias e das consequências do fato, não devendo ser nem excessiva nem irrelevante, observando-se os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

À luz do ocorrido *in casu*, entendo que se apresenta razoável o valor da indenização por danos morais fixado pelo Juízo *a quo*, atingindo, portanto, sua finalidade pedagógico-punitiva, além de ter sido aferida dentro da razoabilidade e cautela que merece o caso.

Todavia, o valor da indenização por danos morais não pode ser fixado tomando-se por base o salário-mínimo, porquanto assim estabelece o art. 3º da Lei 7.789/89 e o art. 1º da Lei 6.205/75.

Referentemente, o STJ, no julgamento do REsp. nº 332.576/RS, da relatoria da Ministra Nancy Adrighi, ocorrido em 08.10.2001, publicado no *DJ* de 19.11.2002, assimilou o entendimento de que é "vedada a fixação da indenização por danos morais em número de salários-mínimos".

Assim, por se tratar de matéria de ordem pública, deverá a indenização ser transformada em valor fixo, utilizando o valor do salário-mínimo vigente ao tempo da sentença, que, à época, correspondia a R$ 500,00, totalizando o importe de R$ 25.000,00, devidamente corrigido e acrescido de juros legais desde a data da sentença até o efetivo pagamento.

No caso posto à apreciação, o MM. Juiz *a quo* foi omisso quanto ao termo *a quo* dos juros de mora e da correção monetária incidentes sobre o valor da condenação, competindo a esta Corte apreciar tal matéria, muito embora não haja recurso, pois juros e correção monetária integram o pedido de forma implícita, nos termos do art. 293 do CPC.

Assim, a correção e a atualização do débito devem agregar o pagamento das verbas deferidas, sem que isso caracterize julgamento *ultra petita*, visto a natureza de ordem pública das parcelas, que pode ser deferida, até mesmo de ofício:

Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Processual civil. Correção monetária. Inexistência de pedido expresso do autor da demanda. Matéria de ordem pública. Pronunciamento judicial de ofício. Possibilidade. Julgamento *extra* ou *ultra petita*. Inocorrência. Expurgos inflacionários. Aplicação. Princípio da isonomia. Tributário. Art. 3º da Lei Complementar 118/2005. Prescrição. Termo inicial. Pagamento indevido. Art. 4º da LC 118/2005. Determinação de aplicação retroativa. Declaração de inconstitucionalidade. Controle difuso. Corte especial. Reserva de Plenário. Julgamento do recurso especial representativo de controvérsia (REsp 1.002.932/SP).
1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão *ex officio*, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento *extra* ou *ultra petita*, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, *DJe* de 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, *DJe* de 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, *DJe* de 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, *DJe* de 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, *DJe* de 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, *DJe* de 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, *DJe* de 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, *DJ* de 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, *DJ* de 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, *DJ* 05.09.2005).
2. É que: 'A regra da congruência (ou correlação) entre

> pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente do pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento *extra, infra* ou *ultra petita* quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún.) da função social do contrato (CC, 421), da função social da propriedade (CF, arts. 5º, XXIII, e 170, III, e CC, 1.228, § 1º), da função social da empresa (CF, 170; CC, 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC, 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC, 166, VII, e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC, 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC, 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC, 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC, 301, § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC, 293), juros de mora (CPC, 219) e de correção monetária (L 6.899/81; TRF-4ª, 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC, 518, § 1º [...]' (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 669).
>
> 3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um *plus* que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita [...] (REsp 1112524/DF - Relator Ministro Luiz Fux - *DJe* de 30.09.2010).

Tratando-se de responsabilidade extracontratual, o termo inicial para a incidência da correção monetária, pelos índices da tabela da CGJMG, é a data da prolação da decisão em que foi arbitrado o valor certo da indenização, pois, ao fixá-la, o magistrado já leva em consideração o poder aquisitivo da moeda.

A esse respeito, a jurisprudência dominante do colendo STJ firmou o entendimento de que:

> Em casos de responsabilidade extracontratual, o termo inicial para a incidência da correção monetária é a data da prolação da decisão em que foi arbitrado o valor da indenização (REsp. nº 780.548/MG - Rel. Min. João Otávio de Noronha - j. em 25.03.2008).

Para que a reparação do dano seja completa, a indenização deve ser acrescida de juros que, no caso de responsabilidade extracontratual, devem incidir a partir do evento danoso (Súmula nº 54/STJ), no percentual de 1% (um por cento) ao mês.

Noutro norte, o dano patrimonial, como de sabença, é aquele passível de avaliação pecuniária. Em outras palavras, é aquele que incide sobre interesses de natureza material ou econômica e, por conseguinte, reflete-se no patrimônio do lesado.

Os danos materiais são divididos em duas espécies: os danos emergentes e os lucros cessantes, como ensina o Código Civil:

> Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Os danos emergentes, postulados na inicial, são representados pela redução do patrimônio do lesado, seja pela depreciação do ativo, seja pelo aumento do passivo.

Como demonstrado alhures, os autores adquiriram o Jazigo Perpétuo nº 397, não tendo a Municipalidade respeitado o contrato firmado, ao enterrar outra pessoa no mesmo, sem o consentimento dos apelados, o que autoriza a restituição do valor cobrado. Observe-se que o requerido não contestou o pedido de dano material, nem mesmo o seu valor, qual seja R$ 280,00.

Assim, tenho que cabível, na espécie, também a indenização por danos materiais, no importe de R$ 280,00.

Os valores do dano patrimonial deverão ser corrigidos monetariamente a partir do evento, a teor da Súmula 43 do STJ.

Dispositivo.

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso, mas reformo parcialmente a sentença, para desvincular a condenação dos danos morais do salário mínimo, fixando-a em R$ 25.000,00, devidamente corrigida pelos índices da tabela da CGJMG, desde a data da prolação da decisão, e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde o evento danoso (Súmula nº 54/STJ), bem como determinar que o valor do dano patrimonial seja corrigido a partir do evento (Súmula nº 43/STJ).

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BITENCOURT MARCONDES e FERNANDO BOTELHO.

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Reexame necessário de ofício - Pensão por morte - Viúvo não inválido - Inexistência de lei específica - Igualdade constitucional das posições jurídicas das pessoas de ambos os sexos - Aplicação imediata dos direitos fundamentais - Ilegitimidade passiva - Beprem

Ementa: Reexame necessário de ofício. Pensão por morte. Viúvo não inválido. Inexistência de lei específica. Igualdade constitucional das posições jurídicas das pes-

soas de ambos os sexos. Aplicação imediata dos direitos fundamentais.

- Sendo a sentença condenatória em obrigação de fazer, além da de pagar, deve-se realizar o seu reexame necessário.

- Em virtude da disposição constitucional que iguala as posições jurídicas das pessoas de ambos os sexos, o viúvo não inválido tem direito à pensão por morte de ex-servidora, independentemente de existência de lei específica, uma vez que os direitos fundamentais têm regime jurídico especial, de aplicação imediata.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.075421-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Município de Belo Horizonte - Apelado: A.G.S. - Relator: DES. MAURÍCIO BARROS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Edilson Fernandes, 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, FEITO DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2011. - *Maurício Barros* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍCIO BARROS - Trata-se de apelação interposta pelo Município de Belo Horizonte contra a r. sentença proferida nesta ação ordinária contra ele ajuizada por A.G.S., que julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento, ao requerente, do benefício da pensão por morte da esposa, desde a data do requerimento administrativo, observada a prescrição quinquenal, com correção monetária dos atrasados, pela tabela da CGJ, desde os vencimentos, e com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação. A sentença ainda condenou o réu em honorários de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), e não foi submetida ao reexame necessário (f. 63/72).

Alega o apelante, em síntese, que foi observado o princípio da legalidade, ao se negar o benefício ao apelado; que também não se poderia conceder o benefício sem a correspondente fonte de custeio; e que a servidora faleceu antes da vigência da Lei Municipal 7.918/1999 (f. 73/76).

O apelado ofereceu contrarrazões, às f. 79/83, em que pugna pela manutenção da sentença.

Uma vez que a sentença também é condenatória em obrigação de fazer, farei, de ofício, o seu reexame.

O reexame necessário.

A sentença que condenou o Município de Belo Horizonte a pagar ao autor pensão por morte da sua esposa, ex-servidora pública municipal, sob o fundamento de ter obedecido ao princípio da legalidade. Aduz o réu que, na data do óbito da ex-servidora (17.12.1999), vigia o Decreto 127/1937, cujo art. 95 somente reconhecia o direito à pensão ao viúvo inválido (f. 34).

Deve ser confirmada a rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva, porquanto quem faz os pagamentos dos proventos e pensões aos beneficiários não é a Beprem, mas o réu.

Cinge-se a questão meritória à existência, ou não, do direito do autor de receber pensão por morte de sua esposa, servidora do Município de Belo Horizonte, em face do disposto no inciso V do art. 201 da Constituição Federal, uma vez que a legislação municipal que disciplinava a matéria, quando do óbito, exigia o requisito de invalidez do marido viúvo.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido pela não aplicabilidade direta do referido dispositivo constitucional, que careceria de lei específica, conforme julgados abaixo colacionados:

> Constitucional. Previdenciário. Pensão: extensão ao viúvo. Princípio da igualdade. Necessidade de lei específica. CF, art. 5º, I; art. 195 e seu § 5º; art. 201, V.
> I. - A extensão automática da pensão ao viúvo, em obséquio ao princípio da igualdade, em decorrência do falecimento da esposa-segurada, assim considerado aquele como dependente desta, exige lei específica, tendo em vista as disposições constitucionais inscritas no art. 195, *caput*, e seu § 5º, e art. 201, V, da Constituição Federal.
> II - RE não conhecido (RE 204735/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 30.05.2001).

> Os dispositivos constantes dos arts. 195, *caput* e parágrafo 5º, e 201, V, da Constituição Federal não permitem a interpretação extensiva do art. 9º, I, da Lei 7.672/82, do Estado do Rio Grande do Sul. Na esteira da jurisprudência desta Casa, a extensão automática da pensão ao viúvo, em decorrência do falecimento da esposa-segurada, exige lei específica. Recurso não conhecido (RE 205896/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 30.05.2001).

Contudo, tenho que os direitos fundamentais insertos no art. 5º da Carta da República, dentre eles o disposto em seu inciso I, que prescreve a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, nos termos da Constituição, gozam de regime jurídico especial, sendo de eficácia plena, de aplicabilidade direta e imediata, regime esse disciplinado no § 1º do citado art. 5º.

Pelo regime jurídico próprio dos direitos e garantias fundamentais, os três Poderes do Estado se encontram diretamente a eles vinculados, independentemente de lei

regulamentadora. Aliás, funcionam tais direitos como fundamento de validade e critério de interpretação das atividades legislativa, executiva e judicial, sendo inconstitucional qualquer ato, de qualquer dos três Poderes, que os viole.

O inciso I do art. 5º da Constituição da República prescreve a igualdade entre homens e mulheres, nos termos da própria Constituição, de sorte que, qualquer exceção à igualdade plena entre os sexos só seria validamente instituída pela própria Carta da República. E verifica-se do art. 195, *caput* e § 5º, c/c o art. 201, V, ambos da Constituição Federal, que, conquanto sejam condicionados os benefícios previdenciários à existência de legislação e de fonte de custeio, não há qualquer previsão de exceção de tratamento a ser dispensado entre o homem e a mulher. Dessa forma, existindo o benefício para a mulher, ele se estende igualmente à pessoa do sexo masculino, independentemente de previsão legal infraconstitucional e de fonte de custeio específica, por força da incidência direta e imediata da garantia constitucional do art. 5º, I.

Dessa forma, refletindo com maior acuidade, inclusive acerca da posição jurídica dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, que é o Estado da Juridicidade, o Estado dos Direitos Fundamentais, sinto necessária a afirmação da sua prevalência, não obstante tenha o Excelso Pretório se pronunciado já em sentido oposto, quanto à situação jurídica sob análise.

Da lição do professor português Paulo Otero, extrai-se que o Estado Democrático de Direito é também o Estado Social a que se agregou a componente política democrática, o que faz com que as três funções (ou três Poderes) do Estado sejam instadas à garantia e à realização efetiva dos fins constitucionais postos no art. 3º da Carta de 1988, o que, aliado à dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado (art. 1º, III, da mesma Constituição), faz com que o Estado Democrático de Direito seja um Estado de Direito Material, ou seja, que tem como princípio estruturante a juridicidade - a ideia do primado da pessoa humana na construção do Direito -, o que coloca em primeiro plano a tutela dos direitos fundamentais (*O poder de substituição em direito administrativo*: enquadramento dogmático-constitucional. Lisboa, 1995, tomo 2, p. 528, 551-552).

Emerge como fim das funções do Estado, em especial da jurisdicional, a realização da justiça no caso concreto. Afinal, em última instância, é aos tribunais que compete tornarem efetivos os direitos fundamentais, mediante a adequada prestação jurisdicional.

> O caráter constitucional dos direitos acabou sempre por gerar a necessidade de garantia jurídica efectiva deles perante todos os Poderes Públicos, incluindo o Poder Legislativo (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra, 2001, p. 21).

Nesse sentido da procedência do pedido já decidi, como no julgamento das Apelações Cíveis nºs 1.0024.05.697171-6/001 (*DJe* de 11.08.2006), 1.0024.05.697167-4/001 (*DJe* de 25.05.2007), 1.0024. 06.218018-7/001 (*DJe* de 29.05.2008), 1.0024.07.684035-4/001 (*DJe* de 29.05.2008) e 1.0024.07.485592-5/003 (*DJe* de 20.02.2009).

Dessa forma, a r. sentença deve ser confirmada, em relação à concessão da pensão, cujo pagamento deve retroagir à data do requerimento administrativo.

Com esses fundamentos, no reexame necessário realizado de ofício, confirmo a sentença. Julgo prejudicada a apelação.

Custas recursais, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO SÉRVULO e SANDRA FONSECA.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO, FEITO DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Direito do consumidor - Conta-corrente universitária - Abertura - Utilização - Não ocorrência - Encerramento - Tarifa mensal - Cobrança - Dever de informação - Inobservância - Abusividade - Origem do débito - Não demonstração - Inscrição em cadastro de restrição ao crédito - Dano moral - Indenização devida

Ementa: Direito civil e do consumidor. Contratação de conta-corrente universitária. Ausência de movimentação. Encerramento. Cobrança de tarifas. Procedimento da ré. Natureza negligente. Indenização por dano moral. Consectário a ser observado.

- A inscrição negativa por dívida sem lastro erige-se como causa bastante de reparação por prejuízos danosos experimentados pelo consumidor em sede moral.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0194.09.097838-9/001 - Comarca de Coronel Fabriciano - Apelante: R.P.V. - Apelado: B.S.S.A. - Relator: DES. SALDANHA DA FONSECA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Saldanha da Fonseca, 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, 2 de junho de 2011. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SALDANHA DA FONSECA - Cuidam os autos de ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização ajuizada por R.P.V. em face de B.S.S.A., em que o autor, denunciando conduta lesiva pelo réu consistente em cobrança irregular de encargos por serviços não prestados, busca o cancelamento do débito identificado e a reparação dos prejuízos morais que do ocorrido resultaram.

A teor da r. sentença de f. 75/76, o pedido foi julgado improcedente, ao fundamento de que "as tarifas e encargos bancários, estipulados no contrato e autorizados pelo Banco Central, são devidos e lícito é o seu lançamento pelo banco".

Insatisfeito, recorre o demandante. Firme na apelação de f. 77/83, apega-se à ausência de ativação da conta universitária, bem como utilização de quaisquer serviços bancários, a seu ver, demonstradas nos autos, para, em síntese, defender o acolhimento do pedido.

Em contrarrazões de f. 85-93, o apelado, refutando a insurgência recursal, pugna pelo seu desprovimento.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

A análise dos autos revela que o autor acusa o apelado de inscrever seu nome em cadastro de restrição ao crédito por inadimplência, sem, contudo, ter cumprido as obrigações ofertadas. E tal ocorre, segundo afirmado, pela circunstância de que "foi ofertado ao autor uma conta universitária pela sua condição de estudante, pelo custo mensal de R$3,65 (três reais e sessenta e cinco centavos), a partir da utilização da conta". E, apesar de nunca ter movimentado a conta, em 31.07.2008, "entrou em acordo com o banco réu e efetuou o pagamento no valor de R$28,00 para encerrar a conta e não mais ser cobrado", documento de f. 20-22.

Embora o apelado não negue os acontecimentos narrados, diz que seus contornos não evidenciam ilícito passível de reparação diante dos equívocos interpretativos perpetrados pelo apelante. Que, na espécie, consiste no fato de que houve apenas "mera solicitação de encerramento" de conta-corrente, obstada, todavia, pelo depósito a menor do montante devido.

Não se pode olvidar que o enlace contratual, porque estabelece um vínculo jurídico entre as partes, tem o condão de criar obrigações, sujeitando os contratantes ao que lograram pactuar, respeitadas, por óbvio, boa-fé objetiva e função social do contrato.

Na espécie, ainda que se tenha como incontroversa a abertura da conta de depósito pelo apelante, o registro material de f. 14 não traz em seu bojo previsão de cobrança de taxas ou encargos pela manutenção do liame jurídico, cujo eventual inadimplemento gerou a restrição negativa. Alia-se, a isso, o fato de que o apelante não se utilizou de quaisquer dos serviços eventualmente colocados em seu benefício. Tanta é assim, que o cartão de crédito (f. 24) não chegou sequer a ser desbloqueado, disto resultando a ilegalidade da cobrança de, entre outras, mensalidades pela utilização do Realvisa.

Com efeito, não seria crível que o autor celebrasse um contrato que apenas lhe trouxesse despesas e encargos, o que em princípio é a situação retratada nos autos, tendo em vista que, como já salientado, não fora demonstrada a movimentação da conta bancária. Ao revés, o único documento colacionado aos autos consiste em um depósito efetuado pelo apelante (f. 19), com o escopo de encerrar em definitivo o vínculo jurídico noticiado.

A essa altura, convém ressaltar o dever da instituição financeira de conscientizar o correntista, de maneira inequívoca, que poderá arcar com encargos contratuais e extracontratuais inerentes aos serviços que lhe forem disponibilizados, ainda que não os utilize.

Desse modo, seja pelo não cumprimento do ônus probatório relativo à demonstração da origem do débito apontado, seja pela inobservância do dever de informação, cooperação e lealdade, restou configurada a irregularidade da cobrança, por ser abusiva, e, por conseguinte, indevido o manuseio da inscrição negativa. Revela-se, portanto, ilícita a conduta da ré, que, por sua atuação, atraiu o dever de ressarcimento nos moldes do art. 186 do Código Civil atual.

O ônus afeto ao apelante restringia-se à prova dos fatos reputados danosos, quais sejam: cobrança irregular e registro negativo. E de tal encargo desobrigou-se, a teor dos documentos que instruem a inicial (CPC, art. 333).

Com efeito, a inscrição no cadastro de órgãos de proteção ao crédito por débito sem lastro configura ofensa para a pessoa jurídica pela imagem negativa que é repassada aos fornecedores e demais agentes do comércio. Prejuízos tais, embora não sujeitos a contornos precisos de quantificação, devem ser estimados com proporcionalidade e, ainda, à luz das circunstâncias afetas a cada caso concreto.

Seguindo essa ordem de ideias, penso ser o montante de R$6.000,00 cifra que, a meu ver, não escapa à razoabilidade nem se distancia do bom senso e dos critérios recomendados pela doutrina e jurisprudência deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Ag 734511/RS e REsp 858479/SP).

Com tais razões, dou provimento à apelação para, em reforma, julgar procedente o pedido para declarar inexigível todo o débito identificado na inicial, bem como impor ao réu, à guisa de indenização por danos morais, o pagamento ao autor da quantia de R$6.000,00, corrigida monetariamente a partir desta decisão, segundo índices da e. Corregedoria-Geral de Justiça, acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês de acordo com o art. 406 do Código Civil em vigor, contados desde a prática do ato ilícito (inscrição indevida) - art. 398 do Código Civil. À requerida caberá arcar com as custas processuais, já consideradas as recursais, e honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da condenação (CPC, art. 20).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DOMINGOS COELHO e JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Veículo - Transferência - Ilicitude - Prova - Ausência - Ônus de quem alega - Agente de posse do CRLV - Presunção de legalidade - Declaração de nulidade do registro - Inviabilidade

Ementa: Ação ordinária. Pedido de nulidade de registro de veículo. Inexistência de vício na transferência. Acerto entre as partes ao fim de sociedade. Impossibilidade de declaração da propriedade.

- O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa.

- A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte.

- Ausente qualquer prova de que a transferência do veículo tenha sido irregular, não há razão para se declarar a nulidade do registro junto ao Detran.

- Eventuais pendências entre as partes concernentes a sociedade dissolvida devem ser pleiteadas pela via própria, e não por meio da retomada de bens de uma parte.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.08.146823-6/001 - Comarca de Betim - Apelante: A.B.S. - Apelado: V.R.S. - Relator: DES. NILO LACERDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Saldanha da Fonseca, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2011. - *Nilo Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NILO LACERDA - Trata-se de apelação cível interposta por A.B.S. contra a r. sentença de f. 328/334, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Betim, nos autos da ação ordinária que ajuizou contra V.R.S.

A r. sentença rejeitou a preliminar de nulidade do depoimento pessoal e julgou improcedentes os pedidos formulados pelo autor, por entender que não restaram comprovadas as suas alegações, no sentido de que o réu teria se apropriado de seu veículo. Asseverou que o autor apenas lançou afirmações genéricas quanto a uma eventual má-fé do réu. Salientou que o autor não demonstrou que a transferência ao réu do veículo VW-8140, placa KNP-5028, teria como condição a aquisição de outro veículo para o seu próprio nome. Afirmou que as alegações do réu são mais verossímeis quanto aos fatos que permearam a demanda, especialmente no tocante ao fato de ser o veículo uma forma de indenização pelos prejuízos sofridos em sociedade formada pelas partes.

Condenou, em consequência, o autor ao pagamento das custas e despesas processuais da parte adversa, bem como em honorários de R$ 2.000,00 (dois mil reais). Revogou, ao final, a decisão de antecipação de tutela de f. 107, que impunha restrição no registro do veículo junto ao Detran.

Embargos de declaração às f. 337/339, rejeitados pela decisão de f. 340/341.

Irresignado, pretende o apelante a modificação do citado *decisum*, alegando, preliminarmente, que o depoimento pessoal do réu é nulo, já que não houve a participação do autor e de seus patronos no referido ato processual, realizado por carta precatória. No mérito, afirma que a versão do réu não se sustenta, não se justificando a apropriação do caminhão. Assevera que não há provas, nos autos, de qual seria o valor do acerto entre as partes, ônus que caberia ao réu. Afirma que o réu não comprova a origem e a natureza do "acerto", não apresenta reconvenção e não propôs ação própria para enfrentar a questão. Aduz que a propriedade não pode ser subjugada por meras alegações.

Contrarrazões às f. 353/362.

Conheço do recurso, visto que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Preliminar de nulidade do depoimento pessoal.

Alega o apelante que o depoimento pessoal do réu, realizado por carta precatória na Comarca de Rurópolis/PA, seria nulo, pois que não houve a sua intimação para acompanhar o referido ato processual.

Todavia, razão não lhe assiste, porque da certidão de f. 304 se extrai perfeitamente que as partes e seus patronos foram devidamente intimados da modificação da data da audiência.

Lado outro, foi juntada a procuração de f. 305, na qual o apelante constitui advogado no Pará, com poderes para o foro em geral.

Assim, não havendo qualquer prova de que a intimação das partes e seus procuradores não teria ocorrido de forma regular, não há razão para anular o referido ato.

Rejeito a preliminar.

No mérito, verifica-se que a questão debatida nos presentes autos é eminentemente probatória, necessitando análise das peculiaridades do caso.

O autor alega que o veículo VW-8140, de placa KNP-5028, foi por ele adquirido e, posteriormente, foi trocado pelo veículo Ford Cargo, de placa LAK-5256. Entretanto, alega que o réu, ao efetuar a troca do veículo, registrou-o em seu nome próprio, negando a devolvê-lo ao autor.

No interrogatório realizado junto à Delegacia de Polícia de Rurópolis/PA, o réu admite que o autor adquiriu os veículos VW-8140, de placas JEA-5292 e KNP-5028. Todavia, o réu afirma que era da ciência do autor que iria colocar o veículo em seu nome, em decorrência da sociedade então existente entre os dois. Afirmou, ainda, que apenas depois do retorno do autor iria acertar a questão referente ao veículo, pois não poderia sair da sociedade com prejuízos.

A análise dos autos revela que as partes efetivamente iniciaram tratativas para formar uma sociedade, como se vê dos depoimentos e dos comprovantes de remessas de dinheiro anexados à inicial (f. 19/26, 30/45 e 65/67).

Lado outro, é fato incontroverso que a referida sociedade não se desenvolveu na forma planejada pelas partes.

Todavia, não há prova, nos autos, de que a aquisição do veículo pelo réu tenha sido ilícita, pois somente de posse do seu certificado de registro seria possível a sua transferência junto ao Detran. Tendo o réu a posse do citado documento, presume-se que esta ocorreu com a anuência do autor, que nele figurava como proprietário do veículo.

Entendo, assim, que o apelante não logrou êxito em comprovar suas alegações. A respeito do ônus probatório, importante consignar as lições de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Ônus de provar - A palavra vem do latim *onus*, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 6. ed. São Paulo: RT, p. 695-696).

A propósito, o entendimento desta Câmara não discrepa:

> Apelação cível. Danos morais e materiais. Ônus da prova do autor sobre fato constitutivo do direito. - Cada parte deve arcar com o ônus de provar suas alegações, cabendo ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do direito por ele pleiteado e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Não se desincumbindo deste ônus, a parte não concede ao juízo os elementos suficientes para formar sua convicção. Como o ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato, deve ser julgado improcedente o pedido que não esteja lastreado em conjunto probatório satisfatório (TJMG - 12ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0701.03.057021-5/001 - Relator Des. Nilo Lacerda - julgamento em 06.09.2006).

Importante salientar que o pedido do autor é de anulação do registro do novo veículo adquirido pelo réu (trocado pelo que estava em nome do autor), bem como a declaração da sua propriedade sobre o citado bem.

Todavia, as provas dos autos não autorizam a declaração da nulidade do citado registro, já que o processo de transferência do veículo foi perfeitamente lícito.

Eventual pendência existente entre as partes e seu acertamento deve ser pleiteada pela via própria, não sendo possível a declaração da propriedade em nome do autor, não tendo havido qualquer vício do consentimento quando da transferência do veículo. A retomada de bens por uma parte, como busca o autor, não é possível como forma de buscar acertamento ao fim de uma sociedade.

Assim, à míngua de provas das suas alegações, inviável a declaração da nulidade do registro do Detran e também da propriedade do veículo em nome do autor.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, para manter integralmente a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALVIMAR DE ÁVILA e SALDANHA DA FONSECA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Perícia - Ônus do requerente - Beneficiário de assistência judiciária gratuita - Art. 3º, V, da Lei nº 1.060/50 - Inteligência - Responsabilidade do Estado - Código de Defesa do Consumidor - Aplicação - Inversão do ônus da prova - Impossibilidade - Hospital público municipal - Ausência de relação de consumo - Agravo de instrumento - Art. 526 do CPC - Descumprimento - Inadmissibilidade do recurso - Ausência de pedido e prova do agravado - Cognição de ofício - Impossibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de indenização. Perícia requerida pela parte autora, beneficiária de assistência judiciária gratuita. Custeio dos honorários periciais imposto a hospital público municipal. Descabimento. Revogação de parte da decisão pelo Juízo *a quo*. Impossibilidade de transferência do ônus ao agravado hipossuficiente. Realização da perícia. Responsabilidade do Estado de Minas Gerais. Lei 1.060/50. Recurso a que se dá parcial provimento.

- Não se pode impor à parte ré, consoante disposto na lei processual, a responsabilidade pela antecipação dos honorários periciais quando a prova não foi por ela requerida.

- Todavia, estando a parte ativa amparada pela justiça gratuita, não pode ser compelida ao pagamento dos honorários periciais, pois estes são compreendidos como uma das isenções alcançadas pelo benefício, consoante dispõe o art. 3º, inciso V, da Lei 1.060/50.

- A realização da prova é de responsabilidade do Estado de Minas Gerais, a quem foi conferido o dever constitucional e legal de prestar assistência judiciária aos necessitados.

- Quando o serviço público é prestado por autarquia e custeado com dinheiro público, não se está diante de uma relação de consumo, razão pela qual não se aplicam as normas do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Recurso parcialmente provido para afastar a determinação de inversão do ônus da prova.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.10.150973-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: H.M.O.B - Agravado: C.E.P.M. - Relatora: DES.ª ÁUREA BRASIL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Manuel Saramago, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO EM PARTE.

Belo Horizonte, 30 de junho de 2011. *Áurea Brasil* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ÁUREA BRASIL - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo H.M.O.B em face da r. decisão de f. 13/16-TJ, proferida pelo MM. Juiz Renato Luís Dresch, nos autos de ação de indenização por danos morais e estéticos ajuizada por C.E.P.M., a qual determinou ao agravante o pagamento dos honorários para a produção da prova pericial requerida pelo agravado, uma vez que este se encontra litigando sob o pálio da justiça gratuita.

Em suas razões, sustenta o agravante que: a) a inversão do ônus da prova trar-lhe-á prejuízos financeiros, pois é um hospital público que sobrevive com escassos recursos; b) não pode ser transferida ao ente público agravante a responsabilidade pela produção da prova, quando o autor não assumiu tal mister (*sic*); c) o processo nem sequer foi enviado à Central de Perícias Médicas do Fórum Lafayette para que a prova pericial fosse realizada às expensas do Poder Judiciário; d) não podendo a parte que requereu a perícia arcar com os honorários correspondentes, esta deve ser intimada para dizer se insiste na produção da prova, não sendo plausível a transferência do ônus do custeio à parte contrária; e) como a prova pericial foi requerida exclusivamente pela parte autora, a esta incumbe o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos do seu direito, nos termos do que dispõe o art. 333, I, do CPC, devendo o agravado arcar com os custos do procedimento técnico pleiteado; f) caso não concorde o agravado em arcar com o ônus da prova, nem tampouco que o Estado arque com esta, requer o indeferimento da prova, caso o autor dela não desista, diante da situação instaurada de impossibilidade de pagamento dos honorários. Pleiteia a reforma do r. *decisum* agravado, acatando o pedido de transferência do ônus pela realização da prova pericial ao agravado, que a requereu.

Em decisão às f. 97/99-TJ, foi concedido o efeito suspensivo ao recurso.

Às f. 104/107-TJ, o douto Magistrado *a quo* informou, juntando a decisão, que reconsiderou parcialmente a decisão agravada, suspendendo a determinação de o H.M.O.B depositar os honorários periciais, mantendo, contudo, a inversão do ônus da prova. Noticiou ainda que o agravante não cumpriu o disposto no art. 526 do CPC.

O agravado deixou de apresentar contraminuta (cf. certidão à f. 108-TJ).

A princípio, cumpre ressaltar que, a despeito da informação prestada pelo Magistrado de primeiro grau, no sentido de que não foi cumprido o disposto no art. 526 do CPC, não é de se reconhecer a inadmissibilidade do agravo de instrumento.

É que, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo, o não cumprimento de sua regra implica inadmissibilidade do recurso, desde que arguido e provado pelo agravado, o que não se deu na espécie. Nesse sentido, posiciona-se a jurisprudência pacífica do STJ, já que a matéria não é cognoscível de ofício.

A propósito: REsp 1.008.667/PR (*DJe* de 17.12.2009); REsp 1.091.167/RJ (*DJe* de 20.04.2009); REsp 834.089/RJ (*DJe* de 11.03.2009); AgRg no REsp 884.304/DF (*DJe* de 29.09.2008); REsp 1.005.645/ES (*DJe* de 18.08.2008); REsp 805.553/MG (*DJ* de 05.11.2007); REsp 328.018/RJ (*DJ* de 29.11.2004).

Assim, estando presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O agravante pugna pela reforma da r. decisão de primeiro grau, que, invertendo o ônus da prova, determinou que efetuasse o pagamento dos honorários para a produção de prova pericial requerida exclusivamente pelo autor, ora agravado, que litiga sob o pálio da justiça gratuita, pleiteando também a transferência do ônus da prova pericial ao recorrido.

Verifica-se, pela decisão de f. 105/107-TJ, que o il. Magistrado monocrático reconsiderou parte do *decisum* agravado, suspendendo a determinação de o agravante depositar os honorários periciais, mantendo, contudo, a inversão do ônus da prova.

Tendo em vista que não mais persiste a obrigação do recorrente em custear os honorários periciais, haja vista a reconsideração feita pelo Juízo *a quo*, passo à análise da possibilidade de inversão do ônus da prova na espécie, bem como do pedido de transferência do encargo ao agravado, beneficiário da justiça gratuita, postulante exclusivo da prova técnica.

A inversão do ônus da prova foi estabelecida em primeiro grau sob o fundamento de que, no caso de erro médico, cabe ao responsável pelo tratamento o ônus de provar nos autos que seu procedimento atendeu a todos os cuidados necessários para a cura e prevenção de infecções (f. 16-TJ).

Todavia, *data maxima venia*, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos casos em que o serviço de saúde é prestado mediante o Sistema Único de Saúde - SUS, uma vez que inexiste relação contratual com o paciente, não sendo o nosocômio por este remunerado.

Por se tratar de serviço público prestado por autarquia municipal e custeado com dinheiro público, não se está diante de uma relação de consumo, razão pela qual não se mostra possível a inversão do ônus da prova com base nas normas consumeristas.

Nesse sentido decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado:

> Processual civil e administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Hospital da Polícia Militar. Erro médico. Morte de paciente. Indenização por danos materiais e morais. Denunciação da lide. Facultativa.
> 1. Os recorridos ajuizaram ação de ressarcimento por danos materiais e morais contra o Estado do Rio de Janeiro, em razão de suposto erro médico cometido no Hospital da Polícia Militar.
> 2. Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias, não se caracteriza uma relação de consumo nem se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.
> 3. Nos feitos em que se examina a responsabilidade civil do Estado, a denunciação da lide ao agente causador do suposto dano não é obrigatória. Caberá ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à celeridade ou à economia processuais. Precedentes.
> 4. Considerando que o Tribunal *a quo* limitou-se a indeferir a denunciação da lide com base no art. 88 do CDC, devem os autos retornar à origem para que seja avaliado, de acordo com as circunstâncias fáticas da demanda, se a intervenção de terceiros prejudicará ou não a regular tramitação do processo.
> 5. Recurso especial provido em parte (2ª Turma - REsp 1187456/RJ - Rel. Min. Castro Meira - j. em 16.11.2010 - *DJe* de 1º.12.2010).

Dessarte, deve ser afastada a inversão do ônus da prova determinada em primeira instância.

Não obstante, no que tange ao pleito deduzido pelo agravante, no sentido de que seja transferido para o agravado o ônus do custeio da prova pericial, penso que razão não lhe assiste.

Com efeito, o ônus de arcar com o pagamento da perícia recai, em regra, sobre a parte que requer a prova, ou sobre o autor, caso seja pleiteada por ambos ou determinada de ofício pelo juiz, conforme preconiza o art. 33 do Código de Processo Civil.

Na espécie *sub examine*, a prova pericial deferida foi propugnada apenas pelo agravado, autor da ação indenizatória (f. 78/79-TJ), razão pela qual, a princípio, caberia a ele o depósito dos honorários periciais.

Todavia, estando o agravado litigando sob o pálio da justiça gratuita, não pode ser compelido ao pagamento da verba honorária, pois tal despesa está compreendida entre aquelas alcançadas pela isenção decorrente da assistência judiciária gratuita, consoante dispõe o art. 3º, inciso V, da Lei 1.060/50:

> Art. 3º A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:
> [...]
> V - dos honorários de advogados e peritos.

Encontrando-se a parte ativa sob o pálio da justiça gratuita, a perícia judicial deverá ser realizada às expensas do Estado de Minas Gerais, como, aliás, já

estabelecido pelo Juízo primevo, ao determinar a expedição de ofício aos órgãos de saúde estaduais para a indicação de *expert* para a realização da prova técnica.

A responsabilidade do ente estatal pela realização da perícia constitui verdadeira prestação de serviço público, como forma de tornar efetiva a regra inserta no art. 3º, inciso V, da Lei 1.060/50, em consonância com o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, segundo o qual a assistência judiciária deverá ser integral e gratuita àqueles que comprovarem a insuficiência de recursos.

Litigando o autor sob o pálio da justiça gratuita, e sendo a prova pericial necessária para o julgamento da lide, o Estado deve garantir a sua realização e custeio, sob pena de impedir, aos hipossuficientes, o livre acesso à justiça - o que vem a ser assegurado por norma constitucional.

A propósito, é pacífica e reiterada a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça:

> Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Assistência judiciária. Honorários periciais. Abrangência. - Estando o agravante sob o pálio da justiça gratuita, não pode ser compelido a efetuar o pagamento dos honorários do perito (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.09.511470-8/003 - Relator: Des. Tibúrcio Marques - Data da publicação: 09.02.2010).
>
> Agravo de instrumento. Honorários de perito. Ônus de quem requerer a perícia. Assistência judiciária. Abrangência. - O pagamento dos honorários periciais cabe à parte que requerer a prova técnica, consoante o art. 33 do CPC. A assistência judiciária gratuita, de que trata a Lei Federal 1.060/50, abrange o pagamento dos honorários periciais, dos quais fica isenta a parte assistida, sob pena de ver-se frustrado o auxílio ao cidadão necessitado (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.07.385336-8/002 - Relatora: Des.ª Maria Elza - Data da publicação: 1º.02.2010).
>
> Agravo de instrumento. Ação de embargos à execução. Inversão do ônus da prova. Determinação de produção de prova pericial. Pagamento dos honorários. Ônus da parte que requereu a prova. Recurso conhecido e provido. - A regra da inversão do ônus da prova não se confunde com a regra processual atinente ao 'ônus do pagamento dos honorários periciais'. A obrigação de arcar com o adiantamento das despesas é de quem requereu a prova. Caso a parte esteja sob o pálio da justiça gratuita, o Estado deve arcar com o pagamento dos honorários periciais (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0525.10.001840-3/001 - Relator: Des. Wanderley Paiva - Data da publicação: 25.02.2011).

Isso posto, não merece acolhida a pretensão recursal de "transferência" do ônus do custeio da prova pericial ao agravado.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao presente agravo, tão somente para reformar a r. decisão recorrida na parte em que determina a inversão do ônus da prova.

Custas recursais, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES MANUEL SARAMAGO e MAURO SOARES DE FREITAS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO EM PARTE.

...

Indenização - Danos morais e lucros cessantes - Clube de futebol - Matéria jornalística - Críticas negativas - Abalo à credibilidade do time perante a torcida - Perda de renda e faturamento - Não ocorrência - Atitude corriqueira da imprensa - Ausência de excesso - Ofensividade efêmera - Indenização indevida

Ementa: Ação de indenização. Clube de futebol. Críticas pela imprensa. Excesso não verificado. Baixo grau de ofensividade. Faixa de normalidade.

- Não caracterizam dano moral as críticas proferidas pela imprensa direcionadas ao clube de futebol e ao seu desempenho no período, se não verificado excesso, já que se trata de prática comum e afeita ao meio futebolístico, que não desmerece a respeitabilidade do time.

- O prestígio e a popularidade do time de futebol estão intimamente ligados ao seu desempenho em campo. As críticas da imprensa, salvo prova em contrário, não provocam a queda na venda de ingressos e a debanda de torcedores em dia de jogo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0518.09.170088-1/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelante: P.C.F.C. - Apelados: E.J.P.C.L., P.V.C. - Relator: DES. ALVIMAR DE ÁVILA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Saldanha da Fonseca, 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, 19 de maio de 2011. - *Alvimar de Ávila* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Trata-se de recurso de apelação interposto por P.C.F.C., nos autos da ação de

indenização por danos morais e lucros cessantes, movida em face da E.J.P.C.L. e de P.V.C., contra decisão que julgou improcedente o pedido inicial (f. 271/275).

O apelante sustenta que há, nos autos, prova da parcialidade da apelada, em prol do clube concorrente. Argumenta que as matérias jornalísticas denotam evidência de descaso e discriminação em relação ao apelante, uma vez que leva notícias distorcidas aos torcedores, o que trouxe forte abalo à sua credibilidade. Invoca a Lei nº 5.250/67. Alega que restou comprovada a perda de renda e faturamento (f. 77/101). Por fim, entende que houve cerceamento de defesa, já que pugnou pela instrução processual, o que foi desconsiderado pelo Julgador (f. 282/285). Junta documentos de f. 286/290.

A E.J.P.C.L. apresenta contrarrazões às f. 295/304, pugnando pelo improvimento do recurso.

Conhece-se do recurso, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de ação de indenização por danos morais e lucros cessantes ajuizada pelo clube de futebol, em face dos réus, uma empresa jornalística e um repórter esportivo, em razão de matérias publicadas em jornal, no entender do autor, ofensivas, difamatórias, vexatórias e humilhantes.

Os pedidos iniciais foram julgados improcedentes.

Preliminarmente, alega o apelante cerceamento de defesa, já que pretendia produzir provas dos prejuízos suportados.

Por meio da decisão de f. 266, o Magistrado *a quo* dispensou a produção de provas, sob o fundamento de que a ação se assenta em publicação jornalística.

Deixou o autor de recorrer da mencionada decisão, limitando-se a manifestar-se às f. 268/269, pretendendo uma retratação do Juiz.

A não interposição do recurso cabível torna preclusa a questão, restando intempestiva e imprópria a alegação de cerceamento de defesa em sede de apelação.

Rejeita-se a preliminar.

No mérito da causa, melhor sorte não socorre o apelante.

As matérias de f. 205/242, publicadas no *J.M.*, comprovam as diversas manifestações dos apelados em relação ao clube autor, todas elas em tom de crítica, destacando pontos negativos do time e de seu desempenho na campanha.

O apelante se diz ofendido e desrespeitado pelas notícias veiculadas, uma vez que teriam atingido de forma negativa sua torcida, gerando danos morais e materiais, dado o baixíssimo comparecimento dos torcedores ao estádio.

A Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) não foi aplicada em 1ª instância e não será nesta oportunidade, uma vez que o Superior Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 130, em 30.04.2010, decidiu que a mesma não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido:

> Processo civil. Responsabilidade civil. Violação aos arts. 12, parágrafo único, 27, incisos I e VIII, e 49, inciso I, da Lei de Imprensa. Impossibilidade. Liberdade de informação. Lei de Imprensa não recepcionada pela CF/88. ADPF nº 130 do STF. Violação aos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002. Reexame fático-probatório. Súmula 07/STJ.
> 1. Não se pode cogitar da alegada violação dos dispositivos da Lei de Imprensa, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 130, no dia 30 de abril do ano em voga (*Informativo* nº 544), decidiu que todo o conjunto dessa lei não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.
> 2. O acórdão combatido negou a indenização por dano moral considerando as provas colhidas e analisadas, bem como as circunstâncias fáticas pertinentes ao caso *sub judice*, sendo certo que nesta quadra processual não se deve adentrar no exame do conjunto fático-probatório dos autos. Súmula 07/STJ.
> 3. Recurso especial não conhecido (REsp 1127546/SP - Rel. Ministro Castro Meira - Segunda Turma - julgado em 20.10.2009 - *DJe* de 29.10.2009).

Analisando cuidadosamente o feito, não alcancei outra conclusão que não aquela esposada pelo eminente colega de 1º grau, uma vez que não verifiquei dano moral e material passíveis de indenização no caso em tela.

É que os times, jogadores e árbitros de futebol são reconhecidamente os maiores e mais constantes alvos de práticas extravasadoras.

As críticas e xingamentos no futebol não têm o teor de ofensividade inerente às contingências da vida normal. Eles são, por natureza, efêmeros e não repercutem negativamente, nem mesmo quando a imprensa, no interesse puramente econômico que a impulsiona, dá cunho sensacionalista à sua divulgação. O clube de futebol, em regra, não perde respeitabilidade perante seus torcedores porque foi criticado pelos jornais.

Assim, sendo normais as críticas dirigidas ao clube e aos seus jogadores em razão de disputas futebolísticas e não verificado excesso ou nítida intenção de ofender, não há que se falar em indenização por dano moral.

Ademais, o prestígio e a popularidade do time de futebol estão intimamente ligados ao seu desempenho em campo e, certamente, a queda na venda de ingressos e a debandada em dia de jogo não se devem aos comentários da imprensa, o que afasta também o pedido de lucros cessantes.

Pelo exposto, rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SALDANHA DA FONSECA e DOMINGOS COELHO.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Imóvel - Aquisição - Quitação - Atraso na entrega - Prova inequívoca - Necessidade de moradia - Verossimilhança das alegações - Tutela antecipada - Imposição de aluguel e demais encargos à construtora

Ementa: Atraso na entrega da unidade habitacional. Necessidade de moradia. Fixação de aluguéis. Tutela antecipada. Requisitos presentes. Decisão confirmada.

- Presentes os requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações, com efetiva demonstração do atraso para entrega de apartamento adquirido, correto se mostra o acolhimento da tutela antecipada para determinar à construtora que arque com os custos de aluguéis.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.10.194556-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: C.T.S.A. - Agravados: M.C.C.U. e outros - Relator: DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Francisco Kupidlowski, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2011. - *Luiz Carlos Gomes da Mata* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Trata-se de agravo de instrumento interposto por C.T.S.A., contra a decisão interlocutória que deferiu o pedido de tutela antecipada na ação cominatória proposta pelos agravados, com determinação de pagamento de aluguel pelo agravante do valor equivalente a 0,5% (meio por cento) do preço reajustado da unidade habitacional, face ao atraso na entrega do apartamento adquirido.

Sustenta a parte agravante que não está presente nenhum dos requisitos ensejadores do deferimento da tutela antecipada a justificar a decisão interlocutória proferida.

Tece considerações sobre a impossibilidade de cumulação de pagamento de multa e aluguel pelo atraso na entrega do imóvel, já que a multa visa compensar o promissário comprador na hipótese de atraso na entrega do imóvel, bem como tece considerações sobre o enriquecimento sem causa, sobre a inexistência de prova de prejuízos materiais, sobre a imprevisibilidade, dentre outras questões, terminando por pleitear pelo provimento do agravo para cassar a decisão agravada.

Preparo constante de f. 77.

Por ocasião do recebimento do agravo, terminei por indeferir o pedido de efeito suspensivo postulado pela parte agravante, em face da ausência do *fumus boni iuris*.

Informações do douto Juiz primevo constantes de f. 84.

Contrarrazões constantes de f. 88/90.

Este é o relatório. Decido.

Conheço do agravo de instrumento interposto, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Vejo que os agravados propuseram ação ordinária com pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela, contra a parte agravante, onde pleitearam em sede de tutela antecipada o arbitramento de aluguéis à base de 1% (um por cento) sobre o valor do imóvel, a serem suportados pela ré/agravante, mensalmente, até a decisão final do julgado.

Recebida a inicial, terminou a douta Juíza primeva por acolher o pleito da tutela antecipada, fixando o valor do aluguel em 0,5% (meio por cento) ao mês do preço reajustado da unidade habitacional, nos termos do pedido, com fundamento em que restaram presentes a verossimilhança das alegações e a possibilidade de dano irreparável para a autora.

Nessa análise, vejo que os agravados demonstraram na inicial a quitação do imóvel adquirido, sendo certo que até a data presente os mesmos não receberam o bem para moradia, diante do atraso na entrega da obra.

Logo, a necessidade de moradia resta evidenciada a favor dos agravados, bem como resta demonstrado o descumprimento da obrigação pela parte agravante, que já recebeu o dinheiro da compra e venda e não entregou o imóvel.

Tais fatos, efetivamente, levam ao reconhecimento da verossimilhança das alegações e ao reconhecimento da prova inequívoca, requisitos suficientes e necessários para embasar a decisão interlocutória que acolheu o pleito de tutela antecipada.

Assim, a prova inequívoca ressoa estampada na documentação carreada, onde resta demonstrado o pagamento do preço pelos agravados e resta demonstrada a obrigação do agravante de efetuar a entrega do imóvel.

A verossimilhança das alegações, a exemplo da prova inequívoca, também ressoa estampada na documentação, no direito que garante a proteção do lesado e pelo próprio reconhecimento do agravante quanto à obrigação assumida e o atraso havido para a entrega do bem.

As questões, suscitadas no agravo interposto, de pagamento de multa e aluguel, de enriquecimento, de prejuízos materiais, dentre outras, são questões que devem ser dirimidas por ocasião da instrução do feito pela douta Juíza primeva.

Assim, nesse momento processual de análise do recurso, o cerne da questão é a demonstração ou não da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações a justificarem a tutela antecipada pela Juíza monocrática. Portanto, questões outras que extrapolam os requisitos acima exigem primeiramente o pronunciamento da Instância de primeiro grau, sob pena de configuração de supressão de instância, bem como estão sujeitas ao contraditório e ao devido processo legal, o que não é o caso do pleito de tutela antecipada.

Cito a jurisprudência:

> Agravo. Tutela antecipada. Requisitos. Preenchimento evidenciado. Concessão. Providência a ser observada. - É de se deferir a antecipação dos efeitos da tutela quando demonstrada qualquer das situações alternativas constantes do art. 273, incisos I e II, do CPC, na hipótese consubstanciada na pretensão de arbitramento de aluguel a ser pago pelo vendedor em mora quanto à entrega de imóvel adquirido pela parte autora. (Processo nº 1.0024.09.590749-9/001.)

E ainda:

> Agravo de instrumento. Tutela antecipada. Presença requisitos. Concessão. - Demonstrado de forma inequívoca o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, impõe-se a concessão da tutela antecipada. (Processo: 1.0024.08.447432-0/001 - TJMG - Rel. Des. Saldanha da Fonseca.)

Do julgado acima, destaco passagem do voto do douto Relator:

> A respeito, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou: 'Prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão. A simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerada como caracterização da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salvo em situações excepcionalíssimas' (STJ - 1ª T., Resp. nº 113.368-PR, Rel. Min. José Delgado, j. em 7.4.97, deram provimento, v.u., *DJU* de 19.5.97, p. 20.593, 1ª col., em.)

Assim, existente nos autos prova inequívoca a convencer da verossimilhança das alegações da parte devedora, deve ser concedida a antecipação de tutela.

Outrossim, tenho que, adquirido o imóvel pela agravada, e estando este sem condições de habitação, devem os agravados suportar o ônus de aluguéis e demais encargos referentes a um apartamento no mesmo padrão, desde a data referente à entrega do imóvel, até o trânsito em julgado e/ou estabelecimento da requerente em imóvel estável e nos mesmos padrões.

Pelo exposto, não logrando êxito a parte agravante em demonstrar a inocorrência da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações, alternativa outra não resta senão confirmar integralmente a decisão interlocutória primeva.

Com estas considerações, nego provimento ao agravo de instrumento interposto.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FRANCISCO KUPIDLOWSKI e NICOLAU MASSELLI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização securitária privada - Cobrança - Aferição do grau de invalidez - Laudo pericial - Incapacidade parcial - Aposentadoria pelo INSS - Invalidez permanente - Não vinculação - Recebimento do seguro - Não ocorrência

Ementa: Ação de cobrança de cobertura securitária estipulada em convenção coletiva de trabalho. Invalidez total e permanente do segurado. Inocorrência. Aposentadoria pelo INSS. Irrelevância. Indenização. Não cabimento.

- Descabe a indenização securitária estipulada em convenção coletiva de trabalho se a perícia técnica judicial confirma que o segurado está apto para exercer atividade remunerada.

- Eventual aposentadoria por invalidez do segurado pelo INSS não implica o reconhecimento pela seguradora ao direito de recebimento de indenização, uma vez que a concessão de tal benefício pelo órgão previdenciário é reversível, tendo parâmetros e finalidade diversa do seguro facultativo privado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.06.204021-4/002 - Comarca de Ipatinga - Apelante: M.G.C. - Apelada: M.L.S.P.P.S.A. - Relator: DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a

Presidência do Desembargador Francisco Kupidlowski, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 7 de abril de 2011. - *Francisco Kupidlowski* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Pressupostos presentes. Conheço do recurso.

Contra a sentença que, na Comarca de Ipatinga - 1ª Vara Cível -, julgou improcedente o pedido de cobrança de indenização securitária, surge o presente apelo interposto por M.G.C., alegando que foi aposentada pelo INSS por estar acometida de hérnia discal lombar em L4L5 e L5S1, com compressão radicular à esquerda e lesão cística na região moleolar interna no pé esquerdo, e hipertensão arterial.

Afirma que o seu quadro de doença é irreversível, com declaração de incapacidade definitiva, de acordo com perícia médica, o que não foi considerado pela decisão primeva.

Ressalta a dificuldade de uma pessoa de 60 anos de idade, que não possui curso superior, ingressar no mercado de trabalho, além de não possuir condições de exercer qualquer atividade profissional, pelo que espera o provimento do pedido exordial.

É cediço que a aposentadoria por invalidez é regulada pelos dispositivos 42 a 47 da Lei Federal nº 8.213, de 1991, dispondo o art. 42, *caput*, que:

> Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Estabelece o art. 43 do mesmo diploma legal que somente faz jus ao referido benefício o segurado que se encontrar inválido totalmente para o trabalho. Se não, vejamos:

> Art. 43. A aposentadoria por invalidez será devida a partir do dia imediato ao da cessação do auxílio-doença, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo.
> § 1º Concluindo a perícia médica inicial pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será devida [...].

No presente caso, restou incontroverso que a autora se encontra aposentada pelo INSS desde 29.09.2005, em razão de invalidez. Contudo, em se tratando de pedido de indenização securitária privada, é necessário aferir o estado de invalidez permanente do segurado, tendo sido determinada a realização de prova pericial, por se tratar de questão eminentemente técnica, impossível de ser avaliada por um leigo em medicina.

O laudo pericial encontra-se às f. 195/207 e, segundo o *expert*, ao responder ao quesito 11, atestou que a segurada

> [...] apresenta incapacidade parcial, podendo ser reabilitada para outras funções laborais que possam exigir cargas pequenas de estresse da coluna lombar [e que pode exercer atividades] em biblioteca de escola, serviços administrativos em secretaria escolar, dentre outros (f. 206).

A conclusão pericial é clara e expressa que:

> Houve queixa da autora sobre sinais e sintomas relacionados com alterações compatíveis com distúrbios osteomusculares. Esses estariam na classe 2. Perda da função habitual estimada em 30%. A incapacidade pode ser considerada parcial, definitiva e multiprofissional (f. 204).

Dessa feita, apesar de a autora ter sido aposentada no ano de 2005 por invalidez, o laudo pericial detectou que ela não se encontra inválida total e permanentemente, o que não dá ensejo ao recebimento de indenização securitária descrita na convenção coletiva de trabalho.

Dessarte, a aposentadoria pelo INSS não altera o quadro supra, porque não implica o reconhecimento pela seguradora ao direito de recebimento de indenização, uma vez que a concessão de tal benefício pelo órgão previdenciário é reversível e tem finalidade diversa do seguro facultativo privado, além do que, para sua concessão, não é necessária a observância do princípio constitucional do contraditório.

Nesse sentido o entendimento recente deste Tribunal:

> Ação ordinária. Concessão de benefício previdenciário. Conversão do auxílio-acidente por aposentadoria. Invalidez parcial. Inadmissibilidade. - Nos exatos termos do art. 42 da Lei 8.213/91, não será concedida aposentadoria por invalidez acidentária quando a perda da capacidade laborativa for apenas parcial e o laudo pericial concluir pela possibilidade do segurado de reabilitação profissional (Processo nº 1.0647.03.037054-6/001 - Relator Desembargador Domingos Coelho - Data da publicação: 21.02.2011).
> Direito civil e processual civil. Cobrança. Seguro de vida em grupo. Invalidez por doença. Aposentadoria por invalidez. Materialização do risco não comprovada. Ônus probatório. - A aposentadoria por invalidez junto à Previdência Social, por si só, não assegura ao autor o recebimento da indenização prevista no contrato de seguro privado, que tem natureza e requisitos distintos daqueles que norteiam a concessão dos benefícios no âmbito previdenciário (Processo nº 1.0261.08.064348-7/001 - Relator Desembargador José Flávio de Almeida - Data da publicação: 14.02.2011).

De resto, não me passa despercebida a realidade econômica atual do País e a dificuldade de uma pessoa na situação da apelante de ingressar no mercado de tra-

balho, que exige qualificação e experiência. Contudo, restou devidamente comprovado pelo laudo pericial que a incapacidade da recorrente é somente parcial para exercer atividade na profissão habitual, estando apta a laborar em serviços administrativos escolares, não podendo critérios distintos e não previstos em lei ser parâmetro para acobertá-lo do seguro, sob pena de ocorrer enriquecimento sem causa.

Diante dessas considerações, a sentença é irretocável.

Com o exposto, nego provimento à apelação.

Custas do recurso, pela apelante, isenta na forma da lei.

DES.ª CLÁUDIA MAIA - De acordo com o Relator.

DES. NICOLAU MASSELLI - Peço licença ao eminente Desembargador Francisco Kupidlowski, para dele divergir, pelas razões que passo a expor.

Emerge da exordial que a autora, ora apelante, quando do exercício de suas funções, firmou contrato de seguro de vida em grupo, tendo como estipulante o Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público de Ipatinga, e a ré, ora apelada, como seguradora.

Dentre as coberturas contratadas, tem-se a indenização pleiteada pela apelante, cuja definição contratual se encontra no item 2.1 da cláusula adicional de invalidez permanente total por doença, *in verbis*:

> Considera-se invalidez permanente total por doença aquela para a qual não se pode esperar recuperação ou reabilitação com os recursos terapêuticos disponíveis no momento de sua constatação (f. 75).

Dessa feita, para que se configure o dever de pagamento da indenização pela seguradora, torna-se indispensável a comprovação da implementação do risco segurado.

No presente caso, a doença que acometera a apelante se relaciona ao sistema osteomuscular da coluna vertebral, lombociatalgia crônica, com perda funcional estimada em 30% (trinta por cento) da sua capacidade habitual.

A perícia judicial acostada às f. 195/207, em resposta aos quesitos apresentados pelas partes, atesta que a apelante se encontra inválida permanentemente para o exercício da sua atividade funcional desempenhada e, ainda, a ausência de recursos terapêuticos que possam curar a doença instalada.

A corroborar, transcrevo as respostas dadas pelo *expert* a alguns quesitos apresentados pela apelante:

> 4) As moléstias de que padece a autora são de caráter permanente ou transitório?
> R. Permanente.
> 5) Pode o Sr. Perito informar se as lesões da coluna e do pé esquerdo são degenerativas e se encontram em um estágio crônico? Tais lesões possuem caráter irreversível?
> R. São alterações crônicas e degenerativas e com caráter irreversível apesar de poderem ter uma estabilização clínica com o tratamento adequado.
> [...]
> 10) Pode o Sr. perito informar se a autora, diante de seu quadro atual, tem condições de exercer a função ou profissão que exercia anteriormente?
> R. Não.
> 11) Pode o Sr. Perito informar se a autora se encontra em condições de exercer alguma atividade laboral que exija o menor esforço físico e se ela tem condições de ficar por muito tempo de pé, abaixada ou sentada?
> R. A mesma apresenta incapacidade parcial, podendo ser reabilitada para outras funções laborais que possam exigir cargas pequenas de stress da coluna lombar (f. 206).

Dessa feita, não resta dúvida de que a segurada se apresenta incapacitada, permanentemente, para a prática das atividades anteriormente realizadas (cantineira).

Ademais, o fato de a segurada não se encontrar totalmente inválida - já que, segundo o *expert*, existe a possibilidade de reabilitação para outras funções laborais -, a meu ver não se mostra como justificativa para a improcedência da pretensão autoral.

Isso porque, conforme entendimento pacífico deste egrégio Tribunal de Justiça, o direito a indenização securitária deve ser conferido à segurada, se a doença que a acometer a impedir de exercer sua atividade profissional habitual, o que é o caso dos autos.

Ora, assim como consignado pelo Juízo *a quo*, o contrato de seguro por invalidez deve guardar relação com as atividades que são exercidas habitualmente pela segurada, revelando-se, assim, o interesse das partes no momento da contratação. Logo, a interpretação dada pela defesa acerca da cláusula contratual que regulamenta a invalidez permanente total por doença é abusiva, por tornar a cobertura contratual quase infactível frente à diversidade de atividades profissionais que existem no mercado de trabalho para as pessoas que detenham praticamente todo e qualquer tipo de incapacidade.

Portanto, diversamente do entendimento externado pelo Relator, Desembargador Francisco Kupidlowski, tenho que motivo não há para a seguradora esquivar-se da sua obrigação indenizatória.

Por fim, quanto ao valor do capital segurado, consoante se observa das condições contratuais (f. 75), deve corresponder a 35 (trinta e cinco) vezes o salário da segurada à época da concessão da aposentadoria por invalidez.

Assim, segundo se depreende da carta de concessão do benefício previdenciário acostado à f. 08, o valor da renda mensal da segurada era R$ 619,05 (seiscentos e dezenove reais e cinco centavos). Dessarte, a indenização securitária deve corresponder a R$ 21.666,75 (vinte e um mil seiscentos e sessenta e seis reais e setenta e cinco centavos).

Em conclusão e à vista do exposto, dou provimento ao recurso, para julgar procedente o pedido formulado na exordial, condenando, por conseguinte, a apelada ao pagamento da indenização contratada, no importe equivalente a R$ 21.666,75 (vinte e um mil seiscentos e sessenta e seis reais e setenta e cinco centavos), corrigido pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, a partir da propositura da ação, e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação.

Condeno a apelada ao pagamento das custas processuais, inclusive recursais, e dos honorários advocatícios, estes que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL.

...

Auditor fiscal estadual - Condução de veículo automotor - Escolha discricionária da Administração - Ilegalidade - Não ocorrência - Meio de deslocamento do servidor - Razoabilidade - Direito de regresso - Garantia constitucional

Ementa: Administrativo. Auditor fiscal estadual. Condução de veículo automotor oficial. Ilegalidade. Inocorrência. Escolha discricionária da Administração. Meio de deslocamento do servidor. Razoabilidade. Direito de regresso. Garantia constitucional. Recurso não provido.

- O modo de deslocamento do servidor público no exercício de suas atribuições é escolha discricionária da Administração, que deve avaliar os meios de melhor prestação do serviço, bem como a dotação orçamentária para tal mister.

- Incabível se falar em afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao se constatar que a determinação de condução de veículos oficiais não constitui pressuposto para o exercício das atribuições do cargo, mas meio facilitador para o desempenho de suas funções.

- Resta totalmente descabida a pretensão consistente em afastar a possibilidade do exercício do direito de regresso pelo ente público, no caso de acidentes envolvendo veículos oficiais conduzidos por servidores públicos, porquanto há previsão expressa de tal garantia no art. 37, § 6º, da CF.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.217844-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Sindifisco - Sindicato dos Fiscais e Agentes Fiscais de Tributos do Estado de Minas Gerais - Apelado: Estado de Minas Gerais - 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, sob a Presidência do Desembargador Kildare Carvalho, 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 abril de 2011. - *Dídimo Inocêncio de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Trata-se de recurso de apelação aviado contra a r. sentença da lavra do ilustre Juiz de Direito da 5ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte/MG, proferida nos autos da ação ordinária interposta pelo Sindicato dos Fiscais e Agentes Fiscais de Tributos do Estado de Minas Gerais em face do Estado de Minas Gerais.

Inconformada com a sentença, que julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial, recorreu a parte autora, aduzindo, em síntese, a obrigatoriedade de se atender ao postulado da reserva legal para definir as atribuições e responsabilidades do cargo efetivo de Auditor Fiscal da Receita Estadual. Nesse talante, afirma que a obrigação de dirigir veículo automotor não está prevista em lei em sentido formal, sendo certo que o apelado

> está abusiva e ilegalmente disciplinando, fixando e acrescendo novas atribuições de cargo efetivo de Auditor Fiscal da Receita Estadual do Quadro Permanente do Grupo de Atividades de Tributação, Fiscalização e Arrecadação de Minas Gerais, por intermédio de ato administrativo infralegal diverso da lei (f. 463).

Com arrimo em tais argumentos, sustenta o recorrente que é ilegal e abusiva a obrigação de dirigir veículos automotores imputada aos auditores fiscais do Estado de Minas Gerais, "sem ter realizado qualquer curso para tanto, e de haver necessidade no edital de o servidor possuir carteira de motorista ou alguma especificidade para dirigir tal veículo" (f. 464). Insurge-se contra tal obrigação por estar fora das atribuições inerentes ao cargo efetivo de Auditor Fiscal.

Recurso respondido.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto tempestivo e presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia ao encargo imputado aos

auditores fiscais estaduais consistente na direção de veículo oficial automotor, por ocasião do exercício das atribuições do cargo.

O Magistrado primevo julgou improcedentes os pedidos, ao fundamento de que compete à Administração Pública a escolha dos meios de deslocamento de seus servidores, em razão do exercício do poder discricionário, reputando, ainda, razoável a imposição da condução de veículos oficiais, "uma vez que a direção é uma tarefa que se pode atribuir a um homem médio e que visa a dar efetividade à função daqueles servidores" (f. 452).

Cediço é que, na busca por salvaguardar o interesse público, tem a Administração Pública prerrogativas e poderes aos quais se sujeitam os administrados. Entre tais poderes, destaca-se o poder discricionário, que é aquele que concede à Administração liberdade na escolha da conveniência, oportunidade e conteúdo de determinado ato administrativo.

Ora, em que pesem as alegações do recorrente, o fato é que o modo de deslocamento do servidor público no exercício de suas atribuições é escolha discricionária da Administração, que deve avaliar os meios de melhor prestação do serviço, bem como a dotação orçamentária para tal mister.

Como bem leciona Celso Antônio Bandeira de Mello,

> quem exerce função administrativa está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida do indispensável ao atendimento do serviço público; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido (*Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 21),

razão pela qual a condução de veículo automotor oficial por servidor depende da conveniência e oportunidade, que, como é sabido, sustentam a discricionariedade de determinados atos da Administração Pública.

Apenas a título de esclarecimento, vale conferir a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho acerca do poder discricionário da Administração:

> A lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo. Ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta. Nesses casos, pode o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos.
>
> Nessa prerrogativa de valoração é que se situa o poder discricionário. Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.
>
> Conveniência e oportunidade são os elementos nucleares do poder discricionário. A primeira indica em que a atividade deve ser produzida; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida. Registre-se, porém, que essa liberdade de escolha tem que se conformar com o fim colimado na lei, pena de não ser atendido o objetivo público da ação administrativa (*Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).

Cumpre gizar que o poder discricionário não pode ser exercido de maneira ilimitada, devendo atender aos preceitos limitadores da lei, bem como aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de resultar em conduta arbitrária, passível de controle pelo Poder Judiciário.

Como forma de elucidar tal entendimento, trago à baila os ensinamentos do ilustre jurista Leonardo José Carneiro da Cunha:

> Em qualquer caso, a atividade administrativa deverá ser guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, haja vista serem inadmissíveis condutas bizarras, tomadas em desconsideração às circunstâncias factuais e às vicissitudes concretas que a hipótese encerra. Nesse sentido merece registro o ensinamento de Luciano Ferreira Leite que assevera: 'O controle amplo, compreendendo atos decorrentes de atividade discricionária, não significa que possa o Judiciário, nas hipóteses referidas, modificar os critérios subjetivos que nortearam esses atos, operando uma substituição à vontade administrativa, através de eleição de outros critérios. Tal procedimento acarretaria irremissível violação ao princípio constitucional da tripartição de Poderes. O que cabe ao Judiciário verificar em sua atividade de controle dos atos administrativos baseados na discricionariedade dos agentes é se a escolha levada a cabo pela Administração se manteve nos lindes do razoável, não transbordando os limites a que está sujeita pelo ordenamento jurídico positivo (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8. ed., Editora Dialética, p. 601-602).

No caso em apreço, escorreita a sentença primeva ao reputar razoável que os auditores fiscais sejam encarregados de se deslocarem por meio da condução de veículos oficiais, haja vista não constituir pressuposto para o exercício das atribuições do cargo, mas meio facilitador para o desempenho de suas funções. Frise-se que, no próprio edital do concurso, consoante acostado às f. 143 e 149, já restava consignada a necessidade de atividades internas e externas pelo servidor, razão pela qual a escolha realizada pela Administração vai ao encontro do melhor desempenho das atribuições do cargo de auditor fiscal previstas nos editais constantes nos autos.

Dessarte, incabível se falar na violação do princípio da legalidade, uma vez que a condução de veículos oficiais não corresponde a um acréscimo de atribuições do cargo, conforme quer fazer crer o apelante, sendo completamente cabível a escolha do modo de deslocamento dos servidores por meio de ato administrativo, desde que não implique ônus para o próprio servidor, como sói ocorrer quando se exige a utilização de veículo particular para o exercício do cargo, não sendo esta a hipótese dos autos.

Constatando-se a legalidade e a razoabilidade na utilização dos veículos oficiais pelos auditores fiscais estaduais, incabível se falar na impossibilidade de imposição de sanções administrativas, disciplinares, pecuniárias e funcionais, cabendo à Administração Pública aferir o descumprimento das normas às quais se sujeitam os servidores públicos, aplicando as penalidades previstas em lei.

Por fim, resta totalmente descabida a pretensão do apelante no sentido de afastar a possibilidade do exercício do direito de regresso pelo ente público ao qual estão diretamente subordinados, no caso de acidentes envolvendo veículos oficiais, porquanto há previsão expressa de tal garantia no art. 37, § 6º, da CF, que dispõe que

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

Nesse sentido, os julgados colacionados abaixo:

> Impõe-se a procedência da ação intentada pela Municipalidade contra seu servidor, quando demonstrado que este agiu com imprudência e imperícia na condução do automóvel oficial, por ingressar em curva de estrada de chão batido, em velocidade incompatível para o local e para a manobra implementada, o que fez com que o veículo derrapasse, vindo a capotar, ficando com o rodado para cima (TJRS - Apelação Cível nº 70022250286 - Relator: Des. Orlando Heemann Júnior).

> O § 6º do art. 37 da Constituição da República prevê a responsabilidade objetiva do Estado, assegurando o direito de regresso contra o responsável em caso de dolo ou culpa. Demonstrada a prática de ato antijurídico pelo agente público deve ser acolhida a litisdenunciação. O agente público causador do dano indeniza regressivamente a Administração Pública (Apelação Cível nº 8466186-16.2005.8.13.0024 - Relator: Des. Belizário de Lacerda - *DJe* de 13.07.2010).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.
Custas, pelo apelante.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Conheço do recurso de apelação, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

A controvérsia reside na incumbência imposta aos auditores fiscais do Estado de Minas Gerais de dirigirem carros oficiais para o cumprimento das atribuições do cargo, bem como na possibilidade de eximi-los de eventual dever de regresso em caso de acidentes com os ditos veículos.

Sem embargo das considerações tecidas, tenho que a obrigação em análise decorre do poder discricionário do Estado, que, sob um juízo de conveniência e oportunidade, decide qual o meio de transporte mais adequado para a execução satisfatória e eficiente das atribuições do cargo em espeque.

Quanto ao eventual dever de regresso, igualmente não vejo como acolher a pretensão recursal, uma vez que a responsabilidade regressiva do causador do dano é uma garantia constitucional do Estado que não pode ser afastada, a teor do art. 37, § 6º.

Isso posto, acompanho o eminente Relator para negar provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença inalterada.

Custas, pelo apelante.

É como voto.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação civil pública - Improbidade administrativa - Vereadores, servidor público e empresa de comunicação e *marketing* - Informes publicitários - Confecção e circulação - Promoção pessoal dos parlamentares à custa do erário municipal - Não configuração - Caráter informativo e educativo dos impressos - Respeito ao art. 37, § 1º, da Constituição Federal - Princípios da moralidade e da impessoalidade - Observância

Ementa: Apelações cíveis. Ação civil pública. Agravos retidos desprovidos. Preliminares rejeitadas. Não conhecimento do apelo de V.C.S., por deserção. Improbidade administrativa. Vereadores, servidor público e empresa contratada. Confecção e circulação de impressos publicitários veiculando promoção pessoal dos parlamentares, à custa do erário público municipal. Não configuração. Caráter informativo e educativo dos informes. Respeito ao art. 37, § 1º, CR. Observância dos princípios moralidade e da impessoalidade. Recursos a que se dá provimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.08.226620-9/003 - Comarca de Uberaba - Apelantes: M.M.B. e outros - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RONEY OLIVEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Roney Oliveira, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimi-

dade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AOS AGRAVOS RETIDOS, REJEITAR PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 17 de maio de 2011. - *Roney Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentações orais, pelo 3º apelante, a Dr.ª Luciana Silva Camargo Barros; em causa própria, o Dr. L.S.Q.; e, pelo Ministério Público, a Dr.ª Gisela Potério Santos Saldanha. Assistiu ao julgamento, pelo 15º apelante, o Dr. José Sad Júnior.

DES. RONEY OLIVEIRA - Tendo em vista as sustentações orais e para que sejam acrescidos alguns pontos que não foram abordados em meu voto, peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÕES ORAIS.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo 3º apelante, a Dr.ª Luciana S. Camargo Barros.

DES. RONEY OLIVEIRA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 10.05.2011, a meu pedido, após sustentações orais.

O meu voto é o seguinte.

Reexaminei a matéria, reli o processo, estive atento às sustentações orais, todas elas bem produzidas, uma delas em causa própria, outra pela Procuradora de Justiça, as outras pelos avogados dos apelantes.

Trata-se de apelações cíveis interpostas em face da r. sentença de f. 2.619/2.644, que, nos autos da ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa e danos patrimoniais ajuizada pelo Ministério Público contra os vereadores A.C.S.N., C.H.S.R., M.R.R., M.M., V.C.S., A.C.L.R., D.C.O., I.R.R., J.R.M., L.S., M.M.B., P.H.P., V.E.B., W.V.T. e H.G.A., o servidor público L.S.Q. e a E.S.C.M.C.L., julgou procedente o pedido, para condenar:

- todos os réus, à exceção de H.G.A., solidariamente, ao ressarcimento integral do patrimônio público municipal lesado, correspondente a todas as despesas suportadas com a aquisição e distribuição do informe "Câmara em Dia", edição nº 01, de dezembro de 2005;

- todos os réus, solidariamente, ao ressarcimento integral do patrimônio público municipal lesado, correspondente a todas as despesas suportadas com a aquisição e distribuição do informe "Câmara em Dia", edição nº 02, de maio de 2006, também à proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, seja direta ou indiretamente, e ao pagamento das custas e despesas processuais;

- todos os réus, à exceção da E.S.C.M.C.L., na perda da função pública, na suspensão dos direitos políticos pelo período de 5 (cinco) anos e no pagamento de multa civil de 10 (dez) vezes o valor da remuneração recebida por cada um;

- a E.S.C.M.C.L. ao pagamento de multa civil em duas vezes o valor do dano gerado ao Município de Uberaba em razão da aquisição e distribuição dos informes "Câmara em dia", edições nºs 01 e 02.

Embargos de declaração manejados por A.C.L.R. (f. 2.648/2.652), M.R.R. (f. 2.654/2.681), L.S.Q. (f. 2.683/2.685), S.C.M.C.L. (f. 2.6872.689) e A.C.S.N. (f. 2.691/2.693) rejeitados pela decisão de f. 2.694.

Apelam os requeridos M.M.B. (f. 2.709/2.740), V.C.S. (2.743/2.749), L.S. (2.751/2.796), A.C.L.R. (f. 2.800/2.845), M.M. (2.848/2.872), H.G.A. (2.875/2.902), M.R.R. (2.906/2.936), L.S.Q. (2.939/2.978), A.C.S.N. (f. 2.981/3.048), V.E.B. (f. 3.051/3.054), D.C.O. (f. 3.057/3.076), W.V.T. (f. 3.079/3.012), S.C.M.C.L. (f. 3.015/3.054), P.H.P. (f. 3.215/3.140) e C.H.S.R. (3.143/3.160), arguindo, em preliminar, inépcia da inicial, por ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (art. 295, parágrafo único, inciso II, CPC); cerceamento de defesa, em virtude do julgamento antecipado da lide; negativa de prestação jurisdicional, por não terem sido enfrentadas as preliminares arguidas (individualização de eventual ato de improbidade praticado pelos réus, excludente de responsabilidade, não ocorrência de promoção pessoal e dosimetria da aplicabilidade da pena); sentença *extra petita*, por inexistir pedido de condenação dos requeridos em dez vezes o valor recebido; ilegitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da ação e ilegitimidade passiva dos requeridos, a saber, da empresa S.C.M.C.L., por ter cumprido apenas determinação da contratante e não ter participado da distribuição do material publicitário, e dos agentes políticos e do servidor L.S.Q., por não terem veiculado promoção pessoal através dos informes publicitários e por não terem sido os ordenadores das despesas. Pugnam, preambularmente, pelo julgamento dos agravos retidos.

Em seara meritória, pleiteiam a reforma da sentença, sob os argumentos, em síntese, de inexistir a alegada prática de ato ímprobo, comissivo ou omissivo, na veiculação das matérias de caráter meramente informativo e educativo, que tenha importado em enriquecimento ilícito dos agentes públicos ou sua promoção pessoal ou que tenha gerado prejuízo ao erário ou atentado contra os princípios da Administração Pública.

Prequestionam os arts. 5º, incisos LV e LVI, 30 e 37, § 1º, da Constituição Federal e, ainda, o vício de inconstitucionalidade da Norma 8.429/92, discutido na ADI 2138.

Sustentaram que

> a publicidade debatida se deu em caráter meramente institucional, uma vez que estava-se a comemorar os 170 anos do Poder Legislativo da cidade e, em tais condições, emergiu razão de significância e ponderável a justificar a divulgação de atos e fatos marcantes interligados à Câmara Municipal, no que se refere às atividades, ações legislativas, operacionalidade a atuação pública dos próprios vereadores (f. 2.886).

Alternativamente, requerem os réus L.S.Q., A.C.S.N. e a empresa S.C.M.C.L., "em sendo aplicado pena, seja observado o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, excluindo da condenação a perda da função pública, a proibição de contratar com o Poder Público e a suspensão dos direitos políticos" e, "havendo condenação, seja a multa aplicada em seu mínimo legal". A empresa S. pugnou, ainda, pela limitação da responsabilidade ao valor recebido entre 5% a 20%.

Requereu o réu L.S. a concessão da assistência judiciária.

Contrarrazões às f. 3.173/3.178.

Opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 3.194/3.215, pelo não provimento dos recursos.

É o relatório.

Conheço dos recursos (agravos retidos e apelações).

Defiro o pedido de assistência judiciária requerido por L.S.Q.

Inicialmente, cumpre analisar os agravos retidos, manejados por C.H.S.R., M.M., A. C.S.N., D.C.O., L.S. e I.R.R., respectivamente, às f. 1.098/1.111, 1.113/1.116, 1.121/1.144, 1.152/1.161 e 1.239/1.244, nos quais se insurgem contra a decisão do Juiz *a quo* (1.078/1.090), que recebeu a petição inicial, com fulcro na Lei nº 8.429/92, e determinou a citação dos requeridos.

Dispõe o art. 17, §§ 6º, 7º e 8º, da Lei nº 8.429/92:

> Art. 17. [...]
> § 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos artigos 16 a 18 do Código de Processo Civil.
> § 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.
> § 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Extrai-se da leitura do mencionado dispositivo legal que, no momento processual de recebimento da petição inicial, deve o magistrado apenas verificar a existência de indícios da improbidade, tendo em vista que a apreciação de sua efetiva ocorrência consubstancia matéria de mérito a ser examinada depois de findada a fase instrutória.

Inocorre, nesse momento processual, exame exauriente da ocorrência ou não do ato de improbidade administrativa.

No caso em comento, não lograram êxito os agravantes em apresentar prova inequívoca da alegada inocorrência de improbidade administrativa, revelando-se o simples indício motivo suficiente para o prosseguimento do feito.

Ademais, o magistrado não está obrigado a analisar, quando do recebimento da inicial, as preliminares processuais suscitadas, devendo proceder à verificação da existência de indícios da prática de ato de improbidade administrativa e à análise das ditas preliminares em momento oportuno.

Assim, por ter o Magistrado singular devidamente evidenciado a relevância dos fundamentos invocados, reconhecendo a existência de indícios de prática de suposto ato ímprobo e autorizando o processamento da ação civil pública, mantida deve ser a sua decisão.

Pelo exposto, nego provimento aos agravos retidos.

Da inépcia da inicial.

Após detida análise da exordial, verifica-se que restaram preenchidos os requisitos do art. 295, parágrafo único, do Digesto Processual Civil, tendo sido claramente articuladas as razões de fato e de direito que fundamentaram os pedidos.

Sobre o tema, muito bem ponderou a Procuradoria-Geral de Justiça em seu judicioso parecer (f. 3.200):

> No caso vertente, basta uma leitura rápida da petição inicial reproduzida às f. 02/74 para que se constate o óbvio: todos os necessários fundamentos fáticos e jurídicos foram devidamente articulados, demonstrando a justeza do pedido formulado naquela ação.
> Não é necessário um exame apurado dos autos para que se verifique - na petição inicial - que foram produzidos e veiculados os informes denominados 'Câmara em dia', sendo os mesmos suportados pelo erário público, contendo inegável promoção dos vereadores apelantes. Desta forma, tais publicações, maquiadas do intuito de atender ao princípio da publicidade, afastaram-se do caráter informativo preceituado na Constituição Federal em seu art. 37, § 1º, e o fato de as mesmas terem sido custeadas pelos cofres públicos, configura, por assim dizer, ato de improbidade administrativa.
> É justamente este raciocínio desenvolvido na exordial, devidamente sustentada pelas provas documentais indicadas, que, ao final, pugna-se pela condenação dos apelantes nas penalidades dispostas na Lei de Improbidade Administrativa.

Ademais, se não houvesse coerência lógica entre a narrativa dos fatos e a conclusão apresentada pelo *Parquet*, não teriam os requeridos se defendido de todas as teses explanadas com tanta minudência como o fizeram.

Rejeito, portanto, a preliminar de inépcia da inicial.

Do cerceamento de defesa.

Ora, é sabido que ao magistrado, como destinatário da prova, compete determinar a realização de provas úteis à instrução do feito, até mesmo *ex officio*, afastando as diligências que considerar inúteis ou meramente protelatórias, sem que, com isso, incorra em cerceamento de defesa (art. 5º, inciso LV/CR), prevalecendo, pois, no sistema processual pátrio o princípio do livre convencimento do juiz (art. 131, CPC).

Assim, verificando o julgador que nenhuma utilidade ou relevância haveria na dilação da fase probatória, deve ele proceder ao julgamento antecipado da lide, sempre naqueles casos que se encontrem perante uma questão referente à extinção sem julgamento de mérito, ou unicamente de mérito envolvendo matéria de direito, ou, sendo de direito e de fato, existam nos autos elementos capazes de formar um juízo seguro sobre a controvérsia instaurada pelas partes.

Esse é o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> [...] presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder (REsp nº 2.832/RJ - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - Publ. no *DJU* de 19.09.90, p. 9.513).

In casu, verifica-se não ter ocorrido o alegado cerceamento ao direito de defesa com o julgamento antecipado da lide, visto que a dilação probatória, na espécie, afigurou-se absolutamente desnecessária, por considerar o Magistrado singular que a questão debatida nos autos dependia apenas da análise da prova documental e do direito invocado, encontrando-se o feito em plenas condições de ser julgado.

Frise-se que, ao contrário do aduzido pelos recorrentes (ofensa ao art. 5º, inciso LVI/CF), as provas foram obtidas através de inquérito civil regular, que, por se tratar de procedimento administrativo desenvolvido para a formação do convencimento do titular da ação civil pública, dispensa a observância do princípio do contraditório.

Rejeito, portanto, a preliminar de cerceamento de defesa.

Da negativa de prestação jurisdicional.

Sustentam os apelantes nulidade da decisão, por negativa de prestação jurisdicional, visto que não foram enfrentadas as arguições de individualização de eventual ato de improbidade administrativa por eles praticado, excludente de responsabilidade, não ocorrência de promoção pessoal e dosimetria da aplicabilidade da pena.

Verifica-se, ao revés do afirmado, que a sentença apreciou todas as questões levantadas pelos requeridos, tanto que concluiu pela prática do ato de improbidade administrativa, declinou todos os motivos por que chegou a essa conclusão e aplicou, com base em permissivo legal, as penas que considerava razoáveis e proporcionais ao caso.

Dessarte, não vislumbrando na decisão embargada qualquer omissão, contradição ou obscuridade, corretamente rejeitou o Magistrado *a quo* os embargos de declaração aviados, motivo por que não há falar em negativa de prestação jurisdicional.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, por negativa de prestação jurisdicional.

Da ilegitimidade passiva.

Afastada deve ser a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelos requeridos, porquanto, embora não tenham sido os vereadores, mas sim o servidor L.S.Q., ordenador das despesas, aos agentes públicos se imputa a prática de ato de improbidade administrativa consubstanciado na confecção e circulação de informativos da Câmara Municipal de Uberaba, veiculando suposta promoção pessoal dos parlamentares, à custa do erário público.

Ostenta legitimidade passiva também o servidor L.S.Q., porquanto a ele se atribui a prática de ato de improbidade administrativa, por ter, no uso de suas funções, ordenado despesas para a confecção e circulação do referido material publicitário que estampou promoção pessoal dos vereadores, descumprindo, assim, o dever de pautar-se por uma conduta leal e confiável e de velar pela estrita observância dos princípios constitucionais (art. 37, *caput*, da CF).

A empresa S.C.M.C.L. também é parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação civil pública, porque a ela se atribui concorrência, direta ou indireta, para a prática do ato combatido.

Dispõe o art. 3º da Lei nº 8.429/92:

> Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indireta.

Rejeito, pelo exposto, a preliminar de ilegitimidade passiva.

Da ilegitimidade ativa do Ministério Público.

É induvidosa a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, conforme previsão constitucional inserta no art. 129, inciso III, da Carta Maior, *in verbis*:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
> [...]
> III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Confere, ainda, o art. 25, inciso IV, da Lei Federal nº 8.625/93 legitimação ao Ministério Público

> para declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidade privada de que participem.

Assim, induvidoso que a defesa do patrimônio público cabe não só ao cidadão, pelo sistema da ação popular, como também é afeta ao Ministério Público (art. 129, inciso III/CF) e aos demais legitimados pelo art. 5º da LACP, que podem promover a defesa judicial de qualquer interesse coletivo ou difuso, incluindo-se aí a defesa do patrimônio público.

Registre-se, por oportuno, que a alegação de que os atos seriam *interna corporis* e, portanto, fiscalizáveis pelo Poder Legislativo, não afasta a apreciação do Poder Judiciário de suposta ilegalidade de ato administrativo, arguida legitimamente pelo Ministério Público, visto que prevista tal atuação na Constituição Federal (controle de legalidade dos atos administrativos).

Rejeito, portanto, a preliminar de ilegitimidade ativa do *Parquet*.

Da nulidade da sentença por vício *extra petita*.

Sustentam os apelantes que o Magistrado de primeiro grau decidiu fora dos pedidos ao condenar os requeridos ao pagamento de dez vezes o "valor recebido".

Observa-se na inicial que pleiteou o Ministério Público a condenação dos réus "ao pagamento de multa civil - de até cem (100) vezes o valor da remuneração recebida por cada um" (f. 72), tendo o douto Sentenciante os condenado "ao pagamento de multa civil de 10 (dez) vezes o valor da remuneração recebida por cada um".

Dessarte, não há falar em nulidade da sentença por vício *extra petita*, visto que os réus, ora apelantes, foram condenados, nos termos do pedido, ao pagamento de multa civil no valor de dez vezes o valor da remuneração percebida por cada um, e não em dez vezes o "valor recebido", como aduzido.

Rejeito, portanto, a preliminar de nulidade da sentença, por vício *extra petita*.

Por derradeiro, ao que tudo indica, os apelantes prequestionaram a decisão proferida na Reclamação 2138/DF, e não a prolatada na ADI 2138, tendo em vista que na ADI a Procuradoria-Geral da República buscou a declaração de inconstitucionalidade do art. 11 e seu parágrafo único e das expressões "e inativos" e "e/ou proventos" constantes do art. 10, *caput*, da Lei nº 3.308, de 30 de novembro de 1999.

Embora no julgamento da Reclamação 2138/DF o STF tenha manifestado entendimento no sentido de que os dispositivos da Lei nº 8.429/92 não se aplicam aos agentes políticos, tal decisão possui efeitos *inter partes*, não possuindo eficácia vinculante ou *erga omnes*, por não ser instrumento destinado ao controle concentrado de constitucionalidade.

Ultrapassadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais instaurou Inquérito Civil Público nº 26/2008 para apuração de suposta ofensa ao art. 37, § 1º, da Constituição Federal, em virtude da confecção e distribuição, às expensas do patrimônio público do Município de Uberaba, dos "informes publicitários", denominados "Câmara em dia", nºs 01 e 02, em que se fez inserir fotografias e mensagens, que não apresentavam qualquer fim educativo, informativo ou de orientação social, dos senhores vereadores T.C., C.C., M.R.R., M.M., V.B., A.C.L.R., D.F., I.R.R., J.R.M., L.S., M.M.B., P.P., V.E.B., W.V.T. e H.A.

Afirma o Ministério Público que

> a publicidade inserida em tais publicações (Câmara em dia - nºs 1 e 2) não caracteriza a verdadeira publicidade institucional, tal como permitido pela Constituição Federal, mas mera promoção pessoal dos parlamentares retromencionados, o que só poderia ser feito pelos partidos políticos (pessoas jurídicas de direito privado) a que pertence, ou custeadas pelo próprio bolso, jamais pelo erário, que não pode ser um instrumento de propaganda dos ocupantes de cargos públicos (f. 60).

Informa que a Câmara Municipal confessou que os gastos com a confecção e distribuição de tais informativos foram suportados pelo erário municipal de Uberaba, conforme comprovam as notas de empenho e de subempenho nº 458 (f. 75 e 40) e as notas fiscais nºs 245. 694 e 760 (f. 78, 79 e 80), todas assinadas pelo servidor L.S.Q.

Alega o membro do *Parquet* que os vereadores, ao se omitirem dolosamente na adoção de qualquer medida administrativa ou judicial que evitasse a ofensa a preceito contido no art. 37, § 1º, da Carta da República, desrespeitaram os princípios da Administração Pública, que, aliados ao prejuízo provocado ao erário, enseja responsabilização por prática de ato de improbidade administrativa.

Sustenta, ainda, que o servidor L.S.Q., ao se valer de sua função pública para ordenar as despesas para confecção do material publicitário mencionado e ao deixar de adotar qualquer medida para impedir a sua distribuição à população uberabense, também desrespeitou os princípios e deveres norteadores da Administração Pública, devendo, também, responder por prática de ato de improbidade administrativa.

Arremata, aduzindo que a empresa S.C.M.C.L. deve, de igual forma, responder por ato de improbidade administrativa, porquanto desrespeitou os referidos princípios da Administração Pública,

> ao sujeitar-se em contratar com o Poder Legislativo municipal de Uberaba o fornecimento dos informes intitulados

> 'Câmara em dia', edições nos 01 e 02, com flagrante promoção pessoal dos parlamentares retromencionados, às custas do erário municipal uberabense, em absoluta afronta a comando constitucional previsto no art. 37, § 1º, da Constituição Federal, auferindo com tais negócios inegável vantagem econômica (f. 53).

Para a apuração do alegado ato de improbidade administrativa, importante perquirir se os requeridos, ora apelantes, atuaram omissiva ou comissivamente, dolosa ou culposamente, na confecção e circulação dos informativos, denominados "Câmara em dia", edições nos 01 e 02, que, supostamente, teriam veiculado imagens e conteúdos que se prestaram à promoção pessoal dos parlamentares, em total dissonância com o caráter educativo e informativo preceituado no art. 37, § 1º, da Carta Magna, e se de tais condutas restou comprovado efetivo prejuízo ao erário público municipal.

Preceitua o referido § 1º do art. 37 da Carta da República:

> Art. 37. [...]
> § 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Da leitura do referido dispositivo constitucional, extrai-se que a publicidade de atos e programas, serviços e campanhas dos órgãos públicos deve conter conteúdos e imagens que tenham ênfase educativa, informativa ou de orientação social, sendo absolutamente vedada a sua utilização para qualquer tipo de benefício individual.

Tal como assevera Manuel Gonçalves Ferreira Filho,

> trata-se de medida moralizadora, visando o desgaste e uso de dinheiro público em propaganda, vedando a possibilidade de mencionar nomes, símbolos ou imagens conducentes à promoção pessoal de autoridades ou serviços públicos.

O preceito constitucional constante do § 1º do art. 37 tem por escopo manter a higidez da publicidade institucional, impedindo que seja veiculada com o intuito de promoção pessoal.

Contudo, a proibição da publicação de nomes e imagens não é generalizada. Os símbolos, *slogans*, nomes ou imagens utilizados pelo agente político na publicidade dos atos, programas, obras, serviços ou campanhas só caracteriza violação da norma constitucional quando evidente a intenção de se autopromover à custa do dinheiro público.

A linha que separa a promoção pessoal dos atos de informação ao público é tênue, exigindo do julgador acurado bom-senso para averiguar a real intenção do agente público.

Na lição de Maria Sylvia Zanella De Pietro, na sua obra *Direito administrativo*, 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 689:

> A aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.

No caso dos autos, as notícias veiculadas no "Câmara em dia", edições nos 01 e 02, não se prestaram à autopromoção dos vereadores, mas apenas a dar ciência à população uberabense sobre as diversas medidas tomadas para implementação de programas, obras e serviços que atendiam aos anseios e necessidades da comunidade, tais como: regulamentação do serviço de mototáxi, reajuste e recomposição salarial dos profissionais da educação, fornecimento de vale natalino para as famílias carentes registradas nos programas assistenciais da Secretaria do Trabalho, Assistência Social, Menor e Adolescente (Setas), expansão da universidade UFTM, realização das obras do trevo de acesso à Ligação 798 (antiga MG-190), auxílio-alimentação, implantação do Programa Farmácia Popular do Brasil no Município, melhoria na segurança pública, implantação de linha de ônibus para o Conjunto Monte Castelo, reajuste dos salários dos servidores da Prefeitura de Uberaba e Câmara Municipal e tantas outras.

Ademais, a presença de fotos dos vereadores junto aos informes não importa em promoção pessoal do agente político se não constatado, no conteúdo da notícia, como sói acontecer no presente caso, o enaltecimento da figura e da atuação política do parlamentar.

O Poder Legislativo Municipal, através de seus membros, tem o poder-dever de informar à população as diversas medidas tomadas para implementação de programas, obras e serviços que venham a atender às mais diversas necessidades da população e de prestar contas de sua atuação, sem que tal atitude, por si só, configure promoção pessoal dos parlamentares.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça:

> Ação civil pública. Improbidade administrativa. Propaganda. Divulgação de obras. Promoção pessoal não caracterizada. Caráter meramente informativo. Art. 37, § 1º, da CF/88. Desprovimento (Apelação Cível nº 1.0672.98.013966-7/001 - Relator: Des. Schalcher Ventura - 3ª Câmara Cível - *DJ* de 19.01.2006).

> Apelação cível. Prefeito municipal. Publicação de informativo das obras do mandato. Improbidade administrativa por pro-

moção pessoal no informativo. Inocorrência. Publicação que visa meramente a mostrar à população as obras e melhoramentos realizados na Administração Pública. Inteligência do art. 11, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.429/92. Recurso a que se nega provimento (Apelação Cível nº 1.0009.04.001144-8/001 - Relator: Des. Pinheiro Lago - 7ª Câmara Cível - *DJ* de 30.08.2005).

Ação civil pública. Propaganda. Divulgação de obras. Promoção pessoal. Sua não configuração. Ressarcimento ao erário. Inoportunidade.
1) Não constitui publicidade irregular, nem representa emprego indevido de verba pública, a divulgação, com escopo meramente informativo, de obras realizadas em gestão administrativa. Também não caracteriza publicidade irregular o uso de *slogans* enaltecedores do próprio Estado de Minas Gerais.
2) Símbolos, nomes, *slogans* ou imagens utilizados por administrador público na publicidade de atos, programas, obras, serviços ou campanhas, só caracterizam violação do art. 31, § 1º, da Lei Fundamental da República, quando evidenciadores de promoção pessoal.
3) Não demonstrada *salienter tantum* a ilegalidade dos atos administrativos impugnados e sua lesividade ao erário público, inviável é a condenação ao ressarcimento (Apelação Cível nº 1.0024.00.059058-8/001 - Relator: Des. Hyparco Immesi - 4ª Câmara Cível - *DJ* de 23.06.2005).

Com efeito, as edições nºs 01 e 02 do "Câmara em dia" não evidenciaram a autopromoção dos vereadores de Uberaba nem se desvincularam do caráter informativo e educativo preceituado no § 1º do art. 37 da Carta Magna, motivo por que afastada deve ser a alegada prática de ato de improbidade administrativa e as sanções impostas na decisão de primeiro grau.

Pelo exposto, rejeito as preliminares, nego provimento aos agravos retidos e dou provimento aos recursos, para julgar totalmente improcedentes os pedidos iniciais.

Custas, *nihil*.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Sr. Presidente. Tal como V. Exª, ouvi, com muita atenção, as sustentações orais produzidas, e também acuso o recebimento do memorial em prol do recorrente, L.S., que mereceu, da minha parte, a necessária consideração.

Em mãos, na qualidade de Revisor, apelações cíveis interpostas da v. sentença de f. 2.619/2.644, que, nos autos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de A.C.S.N. e outros vereadores, do servidor público L.S.Q. e da sociedade empresária S.C.M.C.L., julgou procedente o pedido condenatório.

Em primeiro lugar, acompanho o eminente Relator para deferir o pedido de assistência judiciária requerido por L.S.Q. e nego provimento aos agravos retidos interpostos.

Também na mesma linha de raciocínio do voto do eminente Relator rejeito as preliminares de inépcia da inicial e ilegitimidade ativa e passiva. Quanto à alegação de negativa de prestação jurisdicional, de nulidade da sentença por vício *extra petita*, e de impertinência de aplicação da decisão da Reclamação nº 2138/DF ao presente feito, também acompanho o eminente Relator.

Quanto ao cerceamento de defesa invocado pelos apelantes, percebe-se dos autos que a ausência de abertura da fase instrutória poderia, de fato, ter prejudicado os réus. O julgamento antecipado da lide em ações civis públicas tem se mostrado exceção devido à própria complexidade do objeto da referida ação. Não se poderia afirmar, com toda a certeza, que a única prova cabível no caso seria a documental. Antes de oportunizar aos réus alegarem a pertinência da produção de outras provas não deveria a il. Magistrada louvar-se, apenas, na suposição de que a prova documental seria suficiente para a condenação. Convém ressaltar que os réus não foram ouvidos no inquérito civil. Apenas apresentaram contestação requerendo, desde já, a produção de prova.

Ora, as provas obtidas por meio de inquérito civil apenas servem para a formação do convencimento do titular da ação civil pública não para a formação do convencimento judicial. Para este a Constituição Federal impõe a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa.

No entanto, ressalvada esta posição quanto ao fundamento do voto do eminente Relator, tem-se que não há necessidade de anular o processo por cerceamento de defesa, porque, no mérito, adiro ao voto do eminente Relator, razão esta suficiente para aplicar ao caso o art. 249, § 2º, do CPC.

Isso posto, rejeito o cerceamento de defesa, sob outro fundamento.

Quanto ao mérito, peço vênia ao eminente Relator para acompanhar seu voto com o pequeno acréscimo que se segue.

Segundo o autor da ação civil pública, não restaria a menor dúvida de que a inserção das fotografias e mensagens dos parlamentares mencionados nos informativos (nºs 1 e 2) não possuía nenhum fim educativo, informativo e de orientação, mas, apenas, o intuito único de promoção pessoal.

Data venia, sem razão o Ministério Público.

A questão que se coloca é se o propósito informativo das atividades parlamentares teria algo de proveitoso ou útil para os cidadãos ou só para os vereadores.

Do modo que foram produzidas as matérias, predomina o benefício dos parlamentares tão somente em decorrência das notícias que se dão sobre a atividade deles, mas não se pode dizer que tenha havido promoção pessoal só deles. Como foi promoção de todos, pode-se aceitar como promoção do Legislativo municipal, ainda que só se atenda ao requisito de informação sobre as atividades da casa. A linguagem não veicula

elogios pessoais, mas apenas e objetivamente ações dos parlamentares.

Por todo o exposto, acompanho o eminente Relator para rejeitar as preliminares e dar provimento ao recurso.

É como voto.

DES. RONEY OLIVEIRA - Em atenção ao memorial escrito, apresentado pela Dr.ª Luciana Silva Camargo Barros, em nome dos recorrentes Lourival dos Santos e outro, bem como à sustentação oral produzida pela Dr.ª Gisela Potério Santos Saldanha, Procuradora de Justiça, em nome do Ministério Público - apelado -, e dos advogados que produziram sustentação oral, um deles em causa própria, Dr. L.S.Q., acresço ao voto escrito o seguinte adendo.

A questão envolve propaganda em boletim editado pela Câmara Municipal de Uberaba: seria ato de improbidade administrativa a gerar a procedência da ação civil pública ou não? É muito questionável essa questão. Não teria dúvida de confirmar a sentença se a propaganda fosse feita em nome de uma ou de outra facção. Vi aquelas publicações recebidas pelo Ministério Público em sua sustentação oral mais como uma prestação de contas de todos os vereadores da Comarca de Uberaba.

A cassação coletiva de todos os vereadores e a suspensão de direitos políticos talvez surtissem um efeito mais danoso do que aquela publicidade institucional. Então, apesar de reconhecer que há muito abuso nesta área, não vislumbrei proveito próprio, não vislumbrei ilícito administrativo. Vislumbrei transparência, mas quero saudar o Ministério Público pela vigilância institucional. É bom que o Ministério Público esteja vigilante em todas essas questões que estão preocupando os homens de bem do País.

No caso específico, não vejo ilícito administrativo, nem justificativa para cassação de direitos políticos, nem proveito próprio, nem propaganda de uma facção, nem intuito eleitoreiro naquela publicidade. Se assim fosse, a Câmara toda não teria sido contemplada. No caso específico do advogado que ocupou a tribuna em causa própria, nem vereador ele era. Exercitava uma assessoria e não era o gestor das finanças. Pode, até, ter dado algum parecer em prol da publicidade, mas quem autorizou a despesa não foi ele, foi o gestor.

Entendo que todos devamos ser mais comedidos em matéria da publicidade nas três esferas do Poder - Legislativo, Executivo e Judiciário - e nas esferas federal, estadual e municipal. O excesso de publicidade manieta a opinião pública, que fica jungida àquilo que o autor da publicidade divulga. Não vejo o porquê desse excesso de publicidade de bancos oficiais, de previdência social, nem mesmo do Conselho Nacional de Justiça, pois acho que a melhor publicidade que o Poder Judiciário deve fazer é através da boa prestação jurisdicional, se possível rápida.

Não vejo com bons olhos o excesso de publicidade. Mas isso é entendimento pessoal, não a ponto de punir toda a população de Uberaba que elegeu esses vereadores. Essa cassação coletiva equivaleria a um desrespeito às urnas. Por isso, dou provimento aos recursos, com respeitosa vênia e com elogios ao Ministério Público.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Sr. Presidente, pela ordem. Sem nenhuma censura, aliás, muito ao contrário, até mesmo com elogios à atuação do Ministério Público, entendo que, nesse caso, também não ocorreu a improbidade indigitada.

Assinalando que tenho assumido, nesta Câmara, uma posição solitária de grave censura a essa publicidade dita institucional que veicula matéria que não é de nenhum interesse público e somente reverte em proveito daquela autoridade que a veicula, entendo que a espécie não corresponde exatamente a esse modelo, porque traz notícia da atuação de todos os vereadores que compunham a Câmara Municipal e consegue permanecer no limite do que poderia se dizer de uma informação à população dos trabalhos do Legislativo.

V. Ex.ª clamou por bom-senso e razoabilidade, porque, se fôssemos vedar ou apodar de ímprobo todo ato de divulgação de atividades de autoridades, decerto deveríamos mandar encerrar o tradicionalíssimo programa *A Voz do Brasil*. Então, nem tanto ao mar, nem tanto à terra.

Nessas circunstâncias, convictamente, entendo que não há a improbidade, embora ressalte, mais uma vez, que esta é a função do Ministério Público, como creio, também, que seja a nossa julgar como estamos julgando.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Acompanho os votos precedentes.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS AGRAVOS RETIDOS, REJEITARAM PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

...

Concurso público - Edital - Alteração - Possibilidade - Curso de formação de examinador de trânsito - Escolaridade superior - Exigência do requisito após a realização da inscrição - Antecipação da tutela - Verossimilhança das alegações - *Periculum in mora* - Concessão

Ementa: Agravo de instrumento. Curso de formação de examinador de trânsito. Alteração da escolaridade exigida após a realização da inscrição. Tutela deferida.

- Presentes os requisitos ensejadores do deferimento da antecipação da tutela, quais sejam a prova inequívoca que convença da verossimilhança das alegações e o *periculum in mora*, porquanto alterado requisito de escolaridade, após realizada a inscrição de candidato no certame.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.10.243885-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Estado de Minas Gerais - Agravado: B.M.C.N. - Relator: DES. MANUEL SARAMAGO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Manuel Saramago, 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 junho de 2011. - *Manuel Saramago* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MANUEL SARAMAGO - Conheço do recurso, aos seus pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Minas Gerais contra decisão de f. 72/77, que, nos autos da ação ordinária de nulidade de ato administrativo ajuizada por B.M.C.N. em face do agravante, deferiu a antecipação da tutela para determinar ao Estado de Minas Gerais que só exija a comprovação de escolaridade superior do ora agravado quando de sua designação, observada a ordem de classificação, acaso aprovado no Curso de Capacitação de Examinador de Trânsito.

Irresignado, aduz o recorrente a presença dos requisitos ensejadores do deferimento da medida, conforme razões recursais colacionadas às f. 02/17.

Cinge-se a controvérsia dos autos a se aferir a presença dos requisitos ensejadores do deferimento da tutela recursal, a fim de possibilitar ao agravante a participação no processo de seleção para composição da Comissão Examinadora do Detran/MG, sem a exigência da escolaridade em nível superior.

Sem razão o agravante, porquanto presentes os requisitos ensejadores do deferimento da medida concedida na instância primeva.

In casu, no momento da inscrição no Curso de Capacitação de Examinadores de Trânsito, reunia o autor, ora agravado, os pré-requisitos estabelecidos na Portaria nº 5.238/2009, que exige como grau de escolaridade nível médio completo.

Dessa feita, resta caracterizada a prova inequívoca que convença da verossimilhança das alegações, porquanto, repetindo-se, reunia o recorrido os requisitos necessários para inscrição no referido certame, ainda que tal exigência tenha sido posteriormente alterada, exigindo-se escolaridade em nível superior.

Ademais, a concessão do efeito suspensivo, conforme pretende o agravante, implicaria a exclusão do recorrido do certame, o que lhe causaria danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

DES. BARROS LEVENHAGEN - De acordo.

DES. LEITE PRAÇA - Também conheço do recurso, porquanto presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Acompanhando o voto proferido pelo eminente Desembargador Relator, e consoante meu entendimento já manifestado neste Tribunal, tenho que o presente recurso deve ser improvido.

Compulsando os autos, verifica-se que o item 1.3 do Anexo Único da Portaria nº 5.238/2009, expedida pelo Chefe do Departamento de Trânsito de Minas Gerais, exigia dos candidatos à inscrição em Curso de Capacitação de Examinador de Trânsito, processo seletivo para o quadro de carreira da Policia Civil de Minas Gerais debatido nos autos, conclusão no ensino médio.

No entanto, no decorrer do aludido processo, depois de já realizadas as inscrições e iniciado o processo seletivo, para atender às novas determinações constantes da Resolução nº 358/2010 do Contran, foi expedida a Portaria nº 3.276/2010 pelo Chefe do Departamento de Trânsito de Minas Gerais, para exigir dos candidatos já inscritos no Curso de Capacitação de Examinador de Trânsito a comprovação imediata de escolaridade em nível superior.

Porém, verifica-se que a Portaria estadual acima aludida não guarda consonância com o disposto no art. 24 da Resolução nº 358/2010 do Contran. Isso porque a resolução federal exige escolaridade em nível superior como pré-requisito para a designação e exercício da atividade de examinador de trânsito, e não como condição para inscrição e participação em curso de formação.

Não se pode olvidar que é lícito à Administração Pública alterar o edital do processo seletivo em questão, para adequá-lo aos novos requisitos, delimitados pelo Contran, necessários ao desempenho da função de examinador de trânsito, os quais melhor atendem ao interesse público. Até porque, conforme cediço, a inscrição em certame não gera para o candidato direito adquirido em relação aos requisitos de ingresso ao cargo em disputa.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

> Ementa: Mandado de segurança. Administrativo. Concurso público de remoção para delegação dos serviços de tabelionato e de registro. Edital. Alteração. Princípios administrativos respeitados. Possibilidade. Segurança denegada.
> - 1. Conforme lições doutrinárias e entendimento jurisprudencial, é lícito à Administração alterar condições e/ou requisitos estabelecidos pelo edital de concurso público, desde que o faça em respeito aos princípios básicos administrativos e legislação em vigor, visando melhor atender ao interesse público.
> - 2. Denega-se a ordem (Mandado de Segurança nº 1.0000.06.437045-5/000 - Relator: Des. Célio César Paduani - *DJ* de 22.11.2006).

> Mandado de segurança. Concurso público. Retificação de edital. Alteração da contagem da pontuação de títulos. Possibilidade. - O concurso público é ato discricionário da Administração Pública e quaisquer alterações das disposições contidas no edital devem atender aos critérios de oportunidade e conveniência, para que o edital se adapte às normas legais. A mera inscrição em concurso público não gera, para o candidato, direito adquirido em relação aos requisitos de acesso e ingresso no cargo em disputa, que podem ser modificados antes da realização do certame, com a devida publicidade (Apelação Cível nº 1.0024.06.146837-7/001 - Relatora: Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade - *DJ* de 26.06.2007).

Porém, após realizadas as inscrições e iniciado o processo seletivo, não é lícito à Administração alterar o edital para transmutar a nova exigência, concernente à designação e desempenho da função de examinador de transito, em exigência para a participação no certame já em curso.

Nesse sentido:

> Agravo de instrumento. Administrativo. Concurso público. Ingresso na carreira militar. Modificação do edital, após o início do certame. Impossibilidade. - O poder discricionário inerente à Administração Pública não é absoluto, sendo-lhe defeso, uma vez iniciado um concurso público, modificar as respectivas regras (Agravo de Instrumento nº 1.0024.09.513635-4/001 - Relator: Des. Wander Marotta - *DJ* de 07.04.2009).

Assim, no caso em tela, embora possa se exigir do agravado a comprovação da escolaridade em nível superior, em razão do disposto na Resolução nº 358/2010 do Contran, tal exigência só pode ser feita para expedir o ato de designação, o que pressupõe a aprovação no curso de capacitação, ainda em curso.

Frise-se, a tutela antecipada deferida na decisão agravada apenas determina que o agravante exija a comprovação da escolaridade superior do agravado quando de sua designação, observada a ordem de classificação, caso aprovado no Curso de Capacitação de Examinador de Trânsito. E, na verdade, tal decisão encontra respaldo na própria Resolução nº 358/2010 do Contran.

Por outro lado, impedir que o agravado frequente o aludido curso, ao qual se inscreveu antes do advento da Resolução nº 358/2010 do Contran, e cuja aprovação é pré-requisito para a designação e exercício da função de examinador de trânsito, seria capaz de lhe causar dano irreparável, pois, caso obtenha êxito na ação principal, o direito eventualmente reconhecido possivelmente não poderá ser efetivado, em razão do provável encerramento do processo seletivo.

Nesse contexto, presentes os requisitos necessários à concessão dos efeitos antecipatórios da tutela, há que se manter a decisão recorrida.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Dano moral - Dano material - Aprovação em concurso para tabelião - Posterior revogação do ato em virtude de decisão judicial - Edital ambíguo - Exoneração do cargo anterior em que tinha estabilidade - Dano emergente - Lucro cessante - Configuração - Dano moral - Abalo físico e psicológico - Caracterização - *Quantum* - Razoabilidade e proporcionalidade - Majoração - Honorários advocatícios - Critérios

Ementa: Apelação cível. Indenização. Danos materiais e morais. Aprovação em concurso para tabelião. Posterior revogação do ato em virtude de decisão judicial. Edital ambíguo. Exoneração do cargo anteriormente ocupado em que tinha estabilidade. Danos emergentes e lucros cessantes. Configuração. Dano moral. Depressão, doenças, separação. Abalo físico e psicológico. Caracterização. *Quantum*. Razoabilidade e proporcionalidade. Majoração. Honorários advocatícios. Critérios. Majoração. Sentença parcialmente reformada.

- Na apuração da responsabilidade objetiva da Administração Pública, deve ser provado o nexo de causalidade entre a ação ou a omissão que teria gerado o dano, para decorrer daí o dever indenizatório.

- O erro da Administração Pública ao computar pontos, com investidura no cargo de oficial de notas, posteriormente corrigido judicialmente, com o afastamento daquele para o 2º colocado, causando-lhe prejuízos profissionais e pessoais, convola-se em dano, passível de indenização pelo Estado, sob forma da objetividade.

- Em se tratando de assunção de titularidade de Serviço de Notas, os gastos efetivados referem-se, em tese, a investimentos, na função pública exercida em nome do Estado. Todavia, ocorrido erro do Poder Público na investidura, devem ser indenizados, para que não haja enriquecimento sem justa causa, inclusive a repercussão trabalhista no período, pois, se o ato de revogação foi revisto, é como se uma terceira pessoa arcasse com os gastos que são do ente público.

- Inquestionáveis a angústia e a frustração sofridas pelo candidato que, após lograr aprovação em concurso, vê-se desempregado, deprimido, sem bens e perspectiva, razão pela qual o cálculo da verba indenizatória a título de danos morais deve ser majorado quando o *quantum* se mostrar insuficiente para recompor o mal sofrido e a dor moral suportada.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0702.07.364552-6/001 - Comarca de Uberlândia - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Uberlândia - Apelantes: 1ºs) L.C.G. e outro, 2º) Estado de Minas Gerais - Apelados: L.C.G. e outro, Estado de Minas Gerais - Relator: DES. AFRÂNIO VILELA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Roney Oliveira, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO, PREJUDICADO O SEGUNDO.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2011. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AFRÂNIO VILELA - Em análise, o reexame necessário e apelações aviadas contra a sentença de f. 731/742, que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por A.S.G. em face do Estado de Minas Gerais, julgou extinto o feito em relação ao pedido de criação de nova Serventia de Notas na Comarca de Uberlândia, em decorrência da perda de objeto pelo falecimento do autor e parcialmente procedentes os pedidos, condenando o demandado ao pagamento de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) pelo dano moral, corrigidos pelo índice oficial da caderneta de poupança a partir da sentença até o pagamento e lucros cessantes relativos aos vencimentos mensais de Procurador do Estado de Goiás que o requerente deixou de receber desde 07.05.05 até 08.07.07, data da morte. Os pedidos de indenização pelo decréscimo de arrecadação da serventia e danos materiais emergentes foram julgados improcedentes. Em razão da sucumbência recíproca, atribuiu ao autor o pagamento de 50% das custas processuais e, às partes, honorários de sucumbência arbitrados em R$ 5.000,00, arcando cada um com R$ 2.500,00 em favor da parte adversa, suspensa a exigibilidade em relação à parte autora em virtude da assistência judiciária gratuita deferida.

Os apelantes L.C.G.e A.C.G. aduzem às f. 746/756, que foi reconhecida na sentença a conduta culposa do apelado, cumprindo a ele o pagamento de indenização por lucros cessantes e danos emergentes decorrentes da falha na elaboração do concurso público para o cargo de Tabelião do Cartório do 2º Ofício de Notas de Uberlândia e responsabilidade pela falta de interferência diante da resistência da ex-tabeliã, que causou perda da clientela; despesas com digitalização de todo o índice alfabético de 80.000 cartões de autógrafo; gastos com quitação de obrigações trabalhistas e honorários, deslocamentos e viagens para acompanhamento dos processos aos quais respondia em razão do cargo; decréscimo na arrecadação da serventia; despesas com sua implantação nos dois anos e meio em que permaneceu no cargo, reforma do imóvel e mudança para melhor atendimento. Sustenta que o *quantum* arbitrado a título de indenização por danos morais é ínfimo em razão do abalo sofrido pelo autor e toda a família durante o período e requer sua majoração ao patamar de R$ 500.000,00, bem como dos honorários advocatícios. Ao final, que a correção sobre o valor da condenação incida do evento danoso, a teor da Súmula 54 do STJ.

O Estado de Minas Gerais alega a inexistência de ato ilícito a ensejar a reparação, haja vista que a indignação do autor se daria em decorrência da decisão judicial que reapreciou os títulos apresentados pelo então 2º colocado no certame, levando à sua classificação em 1º lugar e à perda da titularidade da serventia pelo requerente e que o ato decorrente de decisão judicial não enseja indenização. Assim, ausente ilicitude dos atos do eg. Tribunal de Justiça, estaria afastada sua responsabilidade. Afirma que as informações prestadas pelo então 2º Vice-Presidente relatam que na classificação final do concurso foi consignado que o resultado poderia ser alterado em virtude de ação judicial ou impugnação de candidato, razão pela qual teria o autor "trocado o certo pelo duvidoso". Assevera que o reexame de títulos é ato administrativo lícito e que, em respeito ao princípio da eventualidade, pretende, em caso de manutenção da condenação, que o valor imputado a título de danos morais seja minorado. Em relação à condenação material arbitrada, destaca que o valor da correção deverá observar o art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, com as alterações introduzidas pela Lei Federal nº 11.960/09.

Contrarrazões ao 1º apelo, às f. 758/768, e ao 2º, às f. 782/789.

I - Reexame necessário.

Submetida a sentença ao duplo grau de jurisdição, conheço da remessa oficial.

Busca o autor a condenação do Estado de Minas Gerais ao pagamento de indenização por danos materiais e morais ao argumento de que, após prestar concurso para o cargo de Tabelião, alcançando o 1º lugar, entrou em exercício no 2º Ofício de Notas de Uberlândia, no final de 2002, exonerando-se do cargo de Procurador do Estado de Goiás, no qual tinha estabilidade.

Porém, desde a homologação do concurso, o réu não teria promovido os meios necessários para que a transmissão do cartório ocorresse de forma tranquila, o que lhe trouxe prejuízos financeiros e familiares, agravados pelo posterior afastamento do cargo em decorrência de julgamento em mandado de segurança, que conferiu mais 2 pontos ao 2º colocado, tornando sem efeito sua nomeação.

Assim, teria perdido tudo o que construiu, em virtude, ainda, dos diversos gastos financeiros decorrentes de condenação trabalhista, pois considerado sucessor da antiga tabeliã, entrando em profunda depressão que o impediu de voltar aos estudos ou conseguir advogar.

Requer a reintegração no cargo e o pagamento de indenização por lucros cessantes no importe de R$ 17.136,83 mensais X 29 meses e R$ 45.622,26 X 400 meses; danos emergentes de R$ 118.140,360, bem como danos morais no importe de R$ 500.000,00.

O requerido ofereceu resposta alegando que o certame foi realizado de acordo com as normas vigentes e que a nomeação do 2º colocado como titular da serventia decorreu de decisão do STJ, que determinou a pontuação de trabalhos jurídicos, de sorte que não haveria a prática de ato ilícito, e, por conseguinte, de danos. Assevera que o então 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais teria sido enfático ao consignar que a classificação final poderia ser alterada em virtude de decisão judicial ou impugnação do candidato e que seria inviável atender ao pedido de criação de nova serventia. Ao final, que o valor das indenizações pretendidas é excessivo, devendo, em caso de condenação, ser observado o princípio da razoabilidade.

Durante a tramitação do feito, sobreveio o falecimento do autor, A.S.G. (f. 640), sendo deferida a substituição processual e habilitação dos herdeiros.

Houve impugnação à contestação, oitiva de testemunhas na audiência de instrução e apresentação de memoriais.

O autor, A.S.G., após exercer os cargos de Defensor Público do Estado de Minas Gerais e Procurador do Estado de Goiás, exonerou-se, a pedido, em razão de sua aprovação para o cargo de Tabelião do 2º Ofício de Notas da Comarca de Uberlândia (f. 29/32).

A delegação foi outorgada pelo então Governador do Estado e o candidato convocado para posse, comprovada pela certidão que retrata o termo de compromisso (f. 34/36). O exercício iniciou-se em 27.12.2002 (f. 37).

Ocorre que, após dois anos e cinco meses de efetivo exercício, o ato foi tornado sem efeito, em razão da decisão judicial proferida no Mandado de Segurança nº 1.0000.00.279091-3-00 e RMS/STJ nº 18.053/MG, e, como consequência, houve outorga da delegação dos serviços notariais da citada serventia a D.P., que passou a ocupar o 1º lugar, como se vê da cópia do *Diário do Executivo* de 07.05.2005, carreado à f. 33.

O imbróglio teve origem na redação do edital no que tange à atribuição de pontos decorrentes dos títulos.

Primeiramente, impetrado o Mandado de Segurança nº 1.0000.00.279091-3-000, pelo candidato D.P., julgado em 30.03.2004, a Corte Superior deste Tribunal concedeu parcialmente a ordem para que fossem computados como títulos do 2º colocado os pontos para cada período de dois anos de efetivo exercício da magistratura trabalhista, uma vez que o exercício da advocacia era reconhecido (f. 619/624).

O impetrante recorreu ao STJ noticiando a ilegalidade praticada pela Comissão de Concurso, que negou a atribuição de valor a quatro títulos, ao argumento de que as aprovações em concursos públicos seriam posteriores à fixada (15.02.00) e que os trabalhos jurídicos apresentados não se relacionariam aos serviços notariais e de registro.

Vejamos.

Nos termos do Edital 001/99, os títulos seriam avaliados da seguinte forma (f. 611/612):

> 10 - Dos títulos
> 10.1 - Divulgada a relação dos candidatos que tiveram sua inscrição definitiva confirmada, poderão eles, no prazo e local a serem divulgados no *Diário do Judiciário* (*Minas Gerais*), apresentar títulos, mediante requerimento dirigido ao Presidente da Comissão Examinadora, do qual conste sua especificação detalhada, assim considerados os seguintes, com sua respectiva valoração:
> I - tempo de serviço prestado como titular, interino, substituto ou escrevente em serviço notarial e de registro [...].
> II - trabalhos jurídicos publicados, de autoria única e apresentação de temas em congressos relacionados com os serviços notariais e registrais - 01 (um) ponto por trabalho publicado ou tema exibido, até o máximo de 02 (dois) pontos;
> III - conclusão de mestrado ou doutorado em matéria jurídica - 01 (um) ponto por cada certificado, até o máximo de 02 (dois) pontos;
> IV - exercício da advocacia [...].
> V - aprovação em concurso público para cargos de carreira jurídica - 01 (um) ponto para cada aprovação comprovada por certidão da Entidade que tenha promovido o concurso, até o máximo de 04 (quatro) pontos (f. 135)
> [...]

> 17 - Disposições finais
> [...]
> 17.2 - Os casos omissos ou duvidosos serão resolvidos pela Comissão do Concurso (f. 137).

Em seguida, foi publicado no *Diário do Judiciário (Minas Gerais),* de 06.02.2002, o aviso:

> 1) Nos termos do item 10.1 do Edital nº 001/99, os candidatos que tiveram sua inscrição definitiva confirmada poderão apresentar títulos, mediante requerimento dirigido ao Presidente da Comissão Examinadora e protocolado no Serviço de Protocolo Geral do Tribunal de Justiça, na Rua Goiás [...], no período de 06 de fevereiro a 07 de março de 2002 (art. 10 da Resolução nº 350/99 - TJMG).
> 2) [...]
> 3) Por decisão da Comissão Examinadora, os títulos enumerados nos incisos I a V do item 10.1 do Edital 001/99, acima transcritos, somente serão considerados se obtidos até 15 de fevereiro de 2000, data do encerramento das inscrições (f. 94).

Consoante se extrai da decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça - Recurso Ordinário em MS nº 17.878-MG (f. 625/628), não foi considerado o aviso que impôs data-limite para obtenção dos títulos irregular. Isso porque a Comissão Examinadora era competente para solução de casos omissos ou duvidosos e o edital fora silente quanto ao tema, e porque a data foi imposta antes da realização das provas de títulos e abrangeu todos os candidatos.

Entretanto, no que tange à desconsideração dos trabalhos jurídicos publicados, o eg. Tribunal considerou ambígua a redação do inciso II do item 10.1 (já transcrito), no que concerne à necessidade de tanto os trabalhos quanto as apresentações de temas em congressos terem relação com os serviços notariais e de registro.

Nesse norte, o recurso foi parcialmente provido e determinado o aproveitamento dos trabalhos jurídicos publicados.

Em virtude das decisões, a Escola Judicial Edésio Fernandes, responsável pelo certame, publicou nova lista de classificação e encaminhou o expediente ao Conselho da Magistratura sugerindo a anulação do ato de homologação do concurso, o que ocorreu em 06.12.2004, acórdão publicado em 17.12.2004 (f. 630/634), oportunidade em que se homologou a nova classificação, com D.P. como 1º colocado (f. 234/236).

Cinge-se a controvérsia em aferir se a conduta da Administração Pública está apta a ensejar as reparações pretendidas, e, se configurada, sua quantificação.

A pretensão autoral baseia-se na responsabilidade do requerido pelos atos administrativos que levaram à delegação e posterior anulação, e que teriam lhe causado abalos materiais e morais.

Dispõe a Constituição Federal de 1988:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> [...]
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Cabe ao Estado indenizar os males que causa, objetivamente, a seus servidores, funcionários ou a terceiros, pois o § 6º do art. 37 da Carta Federal impõe a responsabilidade, sem discussão da culpa (objetiva), dos entes públicos e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, em decorrência da atividade administrativa.

Na apuração da responsabilidade objetiva, deve-se buscar o nexo de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano gerado, decorrendo, daí, o dever ressarcitório, razão pela qual o ofendido deve apenas provar o abalo sofrido, físico, moral ou econômico, perpetrado através de ato ativo ou de conduta de inércia de servidores ou agentes públicos.

A responsabilidade objetiva prescinde do elemento culpabilidade, ensejando a condenação do ente público com base na causalidade, pilar no qual se sustenta a denominada teoria do "risco administrativo".

Da narrativa supra, conclui-se que a concessão da delegação ao requerente ocorreu porque o Edital 001/99 levava à dupla interpretação e porque, com a publicação do aviso, foram alterados os critérios de validade e pontuação dos títulos, o que foi corrigido apenas com os citados julgamentos.

Os danos sofridos pelo autor devem-se à equivocada não aceitação dos títulos pela Comissão Examinadora, mesmo porque, à data da outorga da delegação, o réu já tinha conhecimento da pretensão do 2º colocado de contagem dos pontos, como prova o documento de f. 375/376, protocolizado em 29.04.2002 e dirigido ao Conselho da Magistratura. Porém, a investidura ocorreu sem ressalvas.

I - Dos danos emergentes.

Não é outra a conclusão a que se chega quando se analisa a suposta negligência em propiciar as condições para o exercício do cargo, nos termos do Provimento da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais.

Segundo o autor, ao assumir a delegação, a extabeliã envidou esforços para dificultar os trabalhos. Dentre outras dificuldades, as testemunhas apontam que: não foram passados os bancos de dados e que os cartões de autógrafo de aproximadamente 80 mil pes-

soas estariam fora da ordem alfabética. Não teriam sido entregues, ainda, os selos fornecidos pelo Estado; o que levou ao afastamento da clientela, dada a impossibilidade de realização dos trabalhos. Houve o sumiço do livro-índice dos demais livros e notícias de que a ex-tabeliã e seu marido teriam provocado tumulto no cartório e entrado em contato com clientes para recomendar a não utilização dos serviços. Tendo em vista que o imóvel era próprio, tornou-se necessária a transferência, sem que pudesse ser indicado o novo local em que funcionaria a serventia (f. 718 e seguintes).

Os depoentes confirmam, ainda, que, por diversas vezes, A. procurou a direção do foro, pretendendo auxílio para que a transição ocorresse de forma tranquila, bem como que pudesse continuar as atividades, porém, sem êxito, o que afrontaria aos arts. 1º e 2º, II e VI, do Provimento 075/02, da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, o qual trouxe as regras para a transmissão:

> Art. 1º Os Juízes de Direito Diretores do Foro, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da publicação deste Provimento, deverão colher, junto aos substitutos responsáveis pelos serviços notariais e de registro vagos de suas Comarcas, que tiverem candidatos aprovados no concurso público de provas e títulos TERMO DE COMPROMISSO, nos termos do modelo em anexo, assegurando a guarda e a conservação dos documentos, fichas, livros, papéis, microfilmes e sistemas de computação pertencentes ao acervo do serviço notarial ou de registro, bem como dos selos de fiscalização, até a data do efetivo exercício do candidato, aprovado no concurso público de provas e títulos ou de remoção, que recebeu a outorga da delegação para atividade notarial ou de registro, consoante o disposto nos artigos 30, incisos I, IV e V, e 46 da Lei Federal nº 8.935/, de 18/11/94 e no artigo 32 da Lei Estadual nº 12.919, de 29/06/98.
> Art. 2º O termo de compromisso deverá conter:
> [...]
> II - descrição de toda a documentação que constitua o acervo do serviço notarial e/ou de registro, compreendendo todos os livros de escrituração, folhas soltas ou fichas que os substituírem, os documentos arquivados, inclusive microfilmes, e, em caso de informatização, os programas ou bancos de dados que o integrem, bem como dos selos de fiscalização.
> [...]
> VI - comprovação da regularidade de sua situação em relação às obrigações fiscais, previdenciárias e trabalhistas, apresentadas as correlatas certidões negativas e de prova da quitação dos contratos de trabalho (f. 45, *sic*).

Atendendo à determinação da Corregedoria deste Tribunal, a ex-tabeliã encaminhou o termo de compromisso de f. 53/54-v., em que fez a descrição completa dos documentos, fichas, livros, papéis, microfilmes e sistemas de computação pertencentes ao acervo do tabelionato de notas, bem como dos selos de fiscalização estocados no imóvel.

Como previsto no art. 3º, o termo de compromisso deveria ser conferido e assinado pelo Juiz de Direito Diretor do Foro da respectiva comarca e encaminhado, através de cópia, para a Corregedoria-Geral de Justiça.

Entretanto, a despeito da existência do citado termo, os documentos de f. 81/95 comprovam os diversos requerimentos feitos pelo requerente à Direção do Foro informando que não teria sido disponibilizado o sistema de computação, sustentando que os dados neles armazenados integrariam a prestação jurisdicional cartorária.

Foram carreados pedidos em 03.01.03 (f. 81/82); 21.02.03 (f. 86); 17.07.03 (f. 87/89), e, em 27.08.03, foi requerida a busca e apreensão dos documentos em posse de S.B.P.K. (f. 90/91), reiterada em 20.11.03 (f. 92/93), culminando na decisão do douto Magistrado, que os julgou improcedentes ao fundamento de que, nos termos do art. 42 da Lei 8.935/94, cada titular teria liberdade de implementar no Cartório o sistema próprio de arquivamento e, dessa forma, os dados computadorizados não comporiam o banco do acervo. Assim, a delegação conferiria direito apenas à posse dos livros e acervo do próprio tabelionato (f. 97/98).

Preceitua a Lei de Registros Públicos:

> Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.
> [...]
> Art. 46. Os livros, fichas, documentos, papéis, microfilmes e sistemas de computação deverão permanecer sempre sob a guarda e responsabilidade do titular de serviço notarial ou de registro, que zelará por sua ordem, segurança e conservação.

Por sua vez o termo de compromisso assinado pela ex-tabeliã consignou:

> [...] consoante o disposto nos artigos 30, I, IV e V, e 46 da Lei Federal nº 8.935, de 18/11/94 e no artigo 32 da Lei Estadual nº 12.919, de 29/06/98, através deste termo, firmo o compromisso de guardar e conservar toda a documentação que constitua o acervo cartorial, compreendendo os livros de escrituração, folhas soltas ou fichas que os substituírem, os documentos arquivados, inclusive microfilmes e, em caso de informatização, os programas ou bancos de dados que o integrem, bem como os selos de fiscalização, até o efetivo exercício do candidato, aprovado em concurso, que recebeu a outorga da delegação para o exercício da atividade notarial ou de registro, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal (*sic*, f. 53).

Considerando-se que o termo de compromisso previa expressamente a disponibilização dos sistemas de computação pertencentes ao acervo do serviço; que a norma especial determina a responsabilidade do titular pela guarda e conservação dos citados sistemas e que o il. Juiz Diretor do Foro foi cientificado de que as determinações previstas no termo de compromisso foram descumpridas em sua maioria pela ex-tabeliã, está patente a omissão na solução da desavença.

Por certo que os arquivos de livros e documentos que comporiam o material da serventia, e, por óbvio, do titular da delegação incluem todos aqueles que sejam necessários à efetiva prestação do serviço, observados os princípios previstos no art. 1º da Lei de Registro Público:

> Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

A negativa de providências do requerido levou à inviabilização na prestação da atividade, causando prejuízos tanto para os administrados quanto para a Procuradoria da Fazenda Nacional e Justiça Federal, que requisitaram informações que não puderam ser atendidas, dada a não localização das escrituras.

Assim, patente que os gastos despendidos pelo autor decorreram da conduta do requerido, omisso na atividade que lhe competia, ensejando a responsabilidade pelo pagamento dos valores pagos pelos "serviços de reorganização de arquivos livros de escrituras e criação de banco de dados e digitalização".

Quanto aos gastos demandados na Justiça do Trabalho, é certo que o Provimento 075/02 garantia que o Termo de Compromisso deveria conter a comprovação da regularidade de sua situação em relação às obrigações fiscais, previdenciárias e trabalhistas, com certidões negativas e de prova da quitação dos contratos de trabalho.

Não há dúvidas, ainda, da condenação do requerente perante a Justiça Obreira, em relação aos mesmos serventuários que prestaram serviços na serventia à época da ex-tabeliã (f. 54-v. e 108), em razão do reconhecimento de sucessão trabalhista, devendo ser ressarcido pelo requerido quanto a essas imputações e quanto às decisões transitadas em julgado. Consectário lógico é a procedência do pedido de pagamento de advogados, estadas, viagens, montante a ser apurado em liquidação de sentença.

Entretanto, no que tange às consultas levadas a conhecimento da Corregedoria, que tratavam da cobrança feita pela ex-tabeliã do pagamento de R$ 15,00 por capa de livro e das 90 mil fotocópias anexadas aos cartões de assinatura para reconhecimento de firma (f. 94/95), foi informado que deveriam ser formalizadas perante a Direção do Foro da comarca (f. 96), não havendo prova nos autos do pagamento.

Não há falar, ainda, em ressarcimento pelas despesas para mudança de local e melhoria do imóvel, haja vista que, sendo o bem de outrem, a mudança aconteceria de qualquer maneira, assim como as melhorias que entendeu necessárias à boa prestação da atividade. Assim, os aludidos "prejuízos" não poderiam ser atribuídos ao Estado.

Ressalto que o gasto com os honorários do advogado que atuou no mandado de segurança ajuizado por D.P. em seu desfavor poderia ser objeto de ressarcimento. Porém, não há nos autos comprovação de atuação do Dr. Leonardo Garcial Bites, que assina recibo de f. 308 no feito, mormente porque, em consulta ao sítio deste Tribunal, não consta seu cadastramento no Processo nº 1.0000.00.319834-8-000.

A despesa com realização de outros concursos também não pode ser atribuída ao Estado, haja vista que não guarda direta ligação com os fatos ocorridos.

II - Dos lucros cessantes.

Baseando-se no relatório de arrecadação da Taxa de Fiscalização Judiciária, que compreende os valores arrecadados pelo 1º e 3º Ofícios de Notas e denota a minoração do apurado a partir da data em que assumiu a serventia, visa o requerente ao pagamento do decréscimo da remuneração, de R$ 17.136,83 multiplicado pelo número de meses em que esteve à frente das atividades, 29, totalizando R$ 496.968,07.

Os documentos colacionados às f. 245/250 retratam a diminuição da arrecadação da serventia, tanto em comparação com os meses anteriores, como com os demais ofícios de notas, mas o pedido não merece guarida, pois, a despeito de ser patente a perda sofrida em razão dos transtornos decorrentes da ausência de auxílio por ocasião da transição da delegação, não há como se aferir se os prejuízos noticiados decorrem desse fato, visto que a pessoa interessada pode valer-se de qualquer serventia da comarca.

Pleiteou, ainda, o que deixou de ganhar com a perda da delegação para a função de notário, considerando que a expectativa de vida do brasileiro é de 68 anos, o que levaria à multiplicação do valor médio de arrecadação da serventia R$ 45.622,26 por 400 meses de sobrevida esperados.

A condenação pretendida não prospera em sua integralidade, porquanto não se afigura razoável imputar ao Estado o pagamento de todos os valores que seriam auferidos caso permanecesse como tabelião, haja vista a não prestação do serviço, que passou a ser delegação de terceiro, mas, como bem consignado na sentença, deve ser concedido montante limitado ao pagamento que receberia como Procurador do Estado de Goiás, cargo que exercia em razão de aprovação em concurso público, o que foi deferido pelo il. Juiz, desde 07.05.05 até 08.07.07, data da morte.

III - Danos morais.

Por fim, passo a apreciar o pedido de indenização por danos morais.

São inquestionáveis os abalos físicos e psicológicos experimentados pelo requerente, jovem e estudioso operador do direito, que logrou aprovar-se em três dos mais complexos concursos, exercendo o cargo de Defensor Público em Minas Gerais de 03.06.96 a 03.08.99 e Procurador do Estado de Goiás de 05.08.99 a 23.12.2002, exonerando-se para assumir a serventia.

Lamentável é que o que parecia ser a maior das vitórias, dada a possibilidade de garantir para si e aos seus excelente qualidade de vida, levou a sua derrocada física e psicológica, já que, a despeito de ser estável no cargo anterior, exonerou-se e, posteriormente, passou à condição de desempregado.

Não há falar que a indignação decorre da decisão do STJ, mas, ao contrário, é consequência da equivocada interpretação da pontuação a ser atribuída aos títulos do 2º colocado, feita pela Comissão do Concurso. Equivale dizer: erro da Administração Pública.

Em que pese a possibilidade de alteração da classificação final, como consta do Ofício 149/2007, da EJEF (f.604), se o edital, que é a lei do certame, era ambíguo e não previa a pontuação, que precisou ser reconhecida por Tribunal Superior, por certo não poderia o candidato imaginar que o resultado seria alterado, notadamente diante da improcedência de parte do pedido perante este Tribunal.

Aplica-se, pois, a teoria objetiva.

Os reveses físicos foram comprovados pela juntada dos exames e receituários médicos de f. 392 e seguintes, que demonstram que foi submetido a cuidados psicológicos, em virtude da depressão que se originou na frustração profissional.

A perda psicológica é retratada pela separação da esposa, com quem teve dois filhos (f. 407), a vergonha em razão da impossibilidade de pagamento da escola do filho (f. 411), que levaram à mudança de colégio e à alteração de seu comportamento, e ao fato de o menor ter se tornado aluno displicente e indisciplinado, como comprovam os relatórios de f. 413/415, necessitando de acompanhamento psicológico (f. 416).

Até mesmo a genitora do autor padeceu de AVC isquêmico, dado o "*stress* gerado por problemas de ordem pessoal/familiar, em especial problemas relacionados com aspectos profissionais do filho" (*sic* - relatório médico de f. 418).

O cálculo dos danos morais deve seguir três parâmetros, alicerçando-se a condenação no caráter punitivo para que o causador do dano sofra reprimenda pelo ato omissivo praticado, assim como deve haver também um caráter de compensação para que o lesionado, ainda que precariamente, recomponha-se do mal sofrido e da dor moral suportada, considerando-se, ainda, a capacidade financeira do autor do ilícito.

É patente a dor moral causada pelo requerido. Entretanto, é extremamente difícil mensurar o abalo sofrido pelo autor e sua família, dados os anos de angústia e desespero em que se transformou o seu cotidiano, notadamente diante das diversas tentativas de conseguir levar adiante seu trabalho; frustradas, todas.

Nesse norte, cabe considerar que, em razão de seu passamento, os herdeiros tem legitimidade para dar continuidade à ação porque não é óbice o fato de ser direito de personalidade, notadamente diante do fato de terem sofrido as consequências.

Com essa espécie de reparação não se pretende refazer o patrimônio, mas dar à pessoa lesada uma satisfação, que é devida, por uma situação dolorosa, aflitiva e constrangedora que vivenciou, buscando desestimular o ofensor à prática da omissão lesiva. Assume, portanto, um caráter pedagógico.

Assim, o *quantum* deve ser majorado a R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), condizente com o abalo sofrido e as condições econômicas dos ofendidos, rateados em iguais proporções pelos herdeiros filhos.

O pedido de que a correção seja feita nos moldes da Súmula 54 do STJ não procede, porque, apesar de o comando prever que os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual, a existência do abalo moral ocorre apenas no momento em que a conduta é reconhecida pelo Poder Judiciário, ou seja, na condenação, ensejando que a correção monetária incida como fixada na sentença.

É o que se extrai da Súmula 362 do mesmo Sodalício: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

Afastada a condenação material, por certo está prejudicado o pedido de aplicação de juros na forma da Lei Federal nº 9.494/97, alterada pela Lei Federal nº 11.960/09.

No que tange aos honorários advocatícios, há razão para majoração do valor, fixado nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, haja vista que a natureza da causa é complexa, e, após o pedido de habilitação dos sucessores, o causídico apresentou impugnação à contestação, rol de testemunhas, compareceu à audiência de instrução e juntou alegações finais, e, entre a data de propositura da ação e prolação da sentença, decorreram mais de três anos e meio, de sorte que o valor arbitrado, R$ 2.500,00, mostra-se insuficiente para remunerar condignamente os serviços prestados pelo profissional, devendo ser aumentado ao patamar de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Isso posto, dou parcial provimento ao primeiro recurso, para condenar o requerido ao ressarcimento dos valores gastos com os serviços de reorganização de arquivos, livros de escrituras e criação de banco de dados e digitalização, bem como o montante despendido com o pagamento de verbas trabalhistas decorrentes do reconhecimento de sucessão trabalhista, honorários advocatícios, estadas e viagens, montante a ser apurado em liquidação de sentença. Majoro o valor dos danos morais em R$ 200.000,00, (duzentos mil reais) e dos honorários advocatícios em R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Prejudicado o segundo apelo.

Custas recursais, do primeiro recurso, a serem suportadas pelo réu, nos moldes do parágrafo único do art. 21 do CPC. Isento, nos termos do art. 10 da Lei 14.939/03.

DES. RONEY OLIVEIRA - Peço vista dos autos.

Súmula - O RELATOR DAVA PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO, PREJUDICADO O SEGUNDO APELO. PEDIU VISTA O REVISOR.

Notas taquigráficas

DES. RONEY OLIVEIRA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 17.05.2011, a meu pedido, após votar o Relator, provendo em parte o primeiro recurso e julgando prejudicado o segundo.

Meu voto é o seguinte:

Pedi vista dos autos, postergando este julgamento, para melhor exame da matéria e por entender que em sítio de danos morais devamos todos nós redobrar os nossos cuidados, tendo em vista o abuso da generalização nesse campo.

Todavia, neste caso específico, acompanho às inteiras o voto primoroso do eminente Relator, cuja publicação tomo a liberdade de recomendar, e o faço por vislumbrar na situação vivenciada pelos sucessores do pré-morto, tabelião, uma situação de extrema perplexidade que causou dor profunda ao cidadão aprovado no concurso em 1º lugar pela titulação que lhe foi dada pela Comissão Examinadora da Escola Judicial. Uma vez publicada a sua aprovação, lavrado o ato, o candidato aprovado em 1º lugar, que já fora aprovado em concurso de Defensor Público e que, naquele momento, era Procurador do Estado de Goiás, pediu exoneração do seu cargo de Procurador para assumir a serventia. Montou o seu cartório, remodelou-o, aparelhou-o, lá trabalhou por dois anos e meio, quando, de repente, não mais que de repente, o egrégio Superior Tribunal de Justiça houve por bem acolher recurso especial do 2º classificado do concurso, revertendo em seu favor a situação, por contabilizar em seu prol uma ordem de títulos a maior do que aqueles contabilizados em favor do até então 1º classificado. Então, o 1º colocado, ex-Procurador de Justiça do Estado de Goiás, passou a ser, então, ex-tabelião de notas na Comarca de Uberlândia. Viu-se, então, desempregado, desmoralizado, e a dor foi tão grande que lhe abreviou a morte, haja vista que estão apelando em seu nome os seus sucessores. A dor moral foi atroz, a culpa não foi do STJ, como bem salientou o eminente Relator, nem foi de quem apelou; foi, sim, do Poder Público, através da Comissão Examinadora de Concursos da Escola Judicial deste Tribunal. A decisão do STJ teve que ser cumprida, mas os danos sofridos pelo preterido e defenestrado do cartório têm que ser ressarcidos, ainda que a vida não possa ser restituída. O dano moral foi, realmente, de intensidade muito elevada, e o seu arbitramento pelo Juiz foi por demais morigerado R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), é muito pouco para um dano moral tão grande. Bem mandou o eminente Relator em majorar esses danos para R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), além dos lucros cessantes, que serão objeto de arbitramento.

Então, o que se deduz é que a decisão é composta de duas partes: uma parte líquida, que é constituída dos danos morais, ora elevados com justiça, para o patamar de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), e a outra parte ilíquida, porque depende de liquidação por arbitramento.

Acompanho, com entusiasmo, o voto do eminente Relator, por nele vislumbrar a melhor justiça.

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Sr. Presidente. Tive acesso aos autos e adiro, integralmente, ao judicioso e exaustivo voto do eminente Des. Relator, subscrevendo a recomendação à publicação.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO, PREJUDICADO O SEGUNDO.

. . .

Mercadoria imprópria para consumo - Cerveja - Presença de corpo estranho - Dano moral - Prova - Ausência - Consumo - Não ocorrência - Meros aborrecimentos - Indenização afastada

Ementa: Apelação. Ação de indenização. Dano moral. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Aquisição de mercadoria com corpo estranho. Vício do produto. Recipiente que nem sequer foi aberto. Inocorrência de ingestão. Ausência de prova do dano. Mero aborrecimento.

- Não há dano moral indenizável decorrente da verificação pura e simples de corpo estranho no interior de garrafa de cerveja, que nem sequer foi aberta, uma vez que inexiste nos autos comprovação de perturbação na esfera da dignidade pessoal do consumidor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.08.494921-4/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: E.T.S.N. - Apelada: A.C.B.A. - Relatora: DES.ª CLÁUDIA MAIA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Francisco Kupidlowski, 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 abril de 2011. - *Cláudia Maia* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Trata-se de recurso de apelação interposto por E.T.S.N. contra sentença proferida pela eminente Juíza de Direito Maria Luíza Santana Assunção, investida na 3ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, que, nos autos da ação de indenização por dano moral ajuizada em desfavor de A.C.B.A., julgou improcedente o pedido.

Nas razões recursais de f. 409/413, o apelante sustenta, em síntese, a necessidade de reforma da sentença, haja vista a evidenciação do dano moral sofrido, na medida em que a presença de um corpo estranho no interior de uma garrafa de cerveja teria sido percebida em uma festa de confraternização de final de ano, causando constrangimento, asco e mal-estar em todos os presentes, prejudicando completamente o evento. Pede o provimento do recurso para que o pleito indenizatório seja concedido.

Contrarrazões às f. 418/423.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Mérito.

Trata a espécie de ação de indenização por danos morais, por meio da qual a parte autora busca a compensação dos danos ocasionados pela aquisição de produto impróprio para consumo.

Compulsando os autos, depreende-se que o apelante alega ter adquirido várias garrafas de cerveja da marca Brahma para consumo em uma pequena recepção a ser realizada em sua residência, com vistas à confraternização de final de ano. No entanto, antes da abertura de determinada garrafa, pessoas que seriam servidas perceberam a existência de um corpo estranho no líquido.

Dessa forma, o apelante aduz ter sofrido danos morais em razão do ocorrido, já que o evento teria causando constrangimento, asco, nojo e mal-estar em todos os presentes, prejudicando completamente o evento, que se encerrou de forma antecipada.

Ora, no caso em tela, não paira dúvidas de que a relação jurídica havida entre as partes se encontra amparada pelas normas de proteção ao consumidor, previstas na Lei nº 8.078/1990.

Nesse diapasão, vale citar o disposto no art. 18 do referido diploma legal:

> Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Ademais, nos termos do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, aplica-se ao caso a regra da responsabilidade objetiva, que prescinde de prova da culpa do fabricante, produtor ou distribuidor do produto.

Feitas tais considerações, saliente-se que, não obstante a legislação consumerista dispense a comprovação da culpa do fabricante ou fornecedor de serviços nos casos em que se requer indenização por fato do produto, cumpre ao ofendido comprovar o dano e o liame de causalidade existente na conduta antijurídica causadora dos prejuízos reclamados.

Sobre o vício do produto, vale citar, ainda, que o art. 18, § 6°, do Código de Defesa do Consumidor determina as hipóteses de produtos impróprios ao uso e consumo:

> § 6° São impróprios ao uso e consumo:
> I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;
> 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;
> III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

In casu, como bem salientado pelo próprio apelante, o vício de qualidade do produto vem estampado pelo contexto probatório dos autos, corroborando a veracidade das declarações postas na inicial.

Todavia, apesar de demonstrado o referido vício, o mesmo não ocorre, no caso, em relação à comprovação da ocorrência de qualquer dano moral decorrente da aquisição do produto maculado, na medida em que não houve seu consumo. A própria testemunha arrolada pelo autor foi categórica ao esclarecer que, após a constatação do corpo estranho, as pessoas continuaram a se servir de outras garrafas de cerveja, embora com atenção redobrada (f. 394/395).

Como se sabe, o dano moral atinge bens incorpóreos, tais como a imagem, a honra, a privacidade, a autoestima. Para a sua configuração, é imprescindível que a agressão atinja o sentimento íntimo e pessoal de dignidade do indivíduo. Afinal, à luz da Constituição da República, o dano moral consubstancia-se justamente na ofensa à dignidade humana.

Além disso, é regra básica do sistema probatório a de que quem alega um fato deve prová-lo. No caso do autor, os fatos que lhe incumbe provar são os que forem constitutivos do seu direito, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Com a devida vênia, ausente qualquer prova cabal de danos efetivos, não se mostra razoável entender que a aquisição de um produto que não chegou sequer a ser consumido pela constatação de um corpo estranho no líquido, por si só, seja capaz de causar outros prejuízos ao consumidor, senão meros aborrecimentos comuns na

vida em sociedade e não passíveis de indenização por dano moral.

Em semelhante teor, vejam-se os seguintes precedentes deste egrégio Tribunal de Justiça, inclusive desta Câmara, em julgamento no qual manifestei minha opinião de acordo com o posicionamento do ilustre Desembargador Alberto Henrique:

> Ação de indenização. Aquisição de produto impróprio. Refrigerante. Corpo estranho no invólucro. Bebida não consumida. Meros aborrecimentos. Danos morais afastados. Humilhação não comprovada. Improcedência mantida. - O simples fato de o consumidor constatar a existência de um corpo estranho no refrigerante fornecido pela ré não enseja danos morais, mormente quando a bebida não é ingerida por qualquer pessoa (TJMG, 1.0392.06.001737-4/001, Rel. Des. Alberto Henrique, *DJ* de 17.05.2008).

> Indenização. Dano moral. Aquisição de produto impróprio. Corpo estranho. Vidro de palmito. Alimento não consumido. Mero aborrecimento. - Os sentimentos de repugnância e asco, em razão da identificação visual de corpo estranho em produto alimentício adquirido, por si sós, não configuram o dano moral, passível de ser indenizado, mormente porque o vício foi detectado antes mesmo de o recipiente ser aberto para consumo (TJMG, 1.0382.06.069565-9/002, Rel. Des. José Antônio Braga, *DJ* de 31.08.2009).

> Corpo estranho encontrado no interior da garrafa de bebida. Dano moral. Inocorrência. Percalços da vida insuficientes a ensejar condenação por danos morais.
> 1. Embora comprovada nos autos a conduta ilícita por parte da empresa de bebidas, consistente no fornecimento de produto impróprio para consumo, o natural aborrecimento advindo da celebração de um negócio jurídico insatisfatório e a consequente necessidade de recorrer ao Judiciário não são hábeis a ensejar condenação por dano moral, já que este não foi comprovado nos autos.
> 2. Enriquecimento ilícito vedado pelo ordenamento jurídico. Inteligência do art. 884 do Código Civil (TJMG, 1.0223.03.127938-1/001, Rel. Des. Wagner Wilson, *DJ* de 19.09.2006).

Colaciona-se, ainda, aresto recente do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Dano moral. Inseto. Refrigerante. - O dano moral não é pertinente pela simples aquisição de refrigerante com inseto, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido, por se encontrar no âmbito dos dissabores da sociedade de consumo, sem abalo à honra, ausente situação que produza no consumidor humilhação ou represente sofrimento em sua dignidade. Com esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso da sociedade empresarial, invertendo o ônus da sucumbência. Precedentes citados: AgRg no Ag 276.671-SP, *DJ* de 08.05.2000; AgRg no Ag 550.722-DF, *DJ* de 03.05.2004; e AgRg no AgRg no Ag 775.948-RJ, *DJe* de 03.03.2008 (REsp n° 747.396-DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* de 22.03.2010).

Como se pode ver, apenas com a demonstração de uma situação danosa ao apelante se poderia cogitar na caracterização do dever de indenizar por parte da apelada, o que não ocorreu, uma vez que o consumidor não se desincumbiu do seu ônus probatório.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo na íntegra a sentença.

Custas recursais, pelo apelante, suspendendo sua exigibilidade por litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES NICOLAU MASSELLI e ALBERTO HENRIQUE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

. . .

Ação de cobrança - Honorários advocatícios - Profissional nomeado como defensor dativo - Exaurimento da via administrativa - Desnecessidade - Valor devido - Fixação judicial - Doutrinas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural - Aplicação - Moralidade

Ementa: Ação de cobrança. Honorários advocatícios. Profissional nomeado como defensor dativo. Exaurimento da via administrativa. Desnecessidade. Valor devido e fixado judicialmente. Aplicação das doutrinas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural. Moralidade.

- Os valores buscados a título de honorários advocatícios, referentes aos serviços profissionais prestados pelo advogado a pessoas carentes, ante a inexistência de defensor público local e atendendo à nomeação judicial, são devidos, também por aplicação das doutrinas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural, que evoluíram para o princípio da moralidade administrativa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.535506-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: R.M.M. - Relator: DES. GERALDO AUGUSTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Andrade, 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, 24 de maio de 2011. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelada, o Dr. Elmo Antônio Fortes.

DES. GERALDO AUGUSTO - Conhece-se do recurso, presentes os requisitos à sua admissibilidade.

Trata-se da ação de cobrança ajuizada por R.M.M. em face do Estado de Minas Gerais, relativa a crédito de honorários advocatícios arbitrados em processos judiciais em que funcionou como defensora dativa.

A sentença julgou procedente o pedido, para condenar o réu a pagar à autora o valor de R$ 2.000,00, acrescido de juros de mora desde a citação e correção monetária a partir do trânsito em julgado da sentença que fixou os honorários, conforme índices da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09), além das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 300,00, na forma do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC (f. 43/50).

Inconformado recorre o réu às f. 52/56, arguindo, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça Comum, nos termos do art. 114, I, da CR. Quanto ao mérito, afirma que a apelada não comprovou ter tomado as providências da Lei Estadual 13.166/99, para pagamento dos honorários de advogado dativo. Pleiteia que seja aplicada, por analogia, a Resolução 558/07 do Conselho de Justiça Federal, para o arbitramento de honorários de advogado nomeado pelo juiz para fazer as vezes de defensor público no âmbito da Justiça Federal.

Contrarrazões pela manutenção da decisão (f. 61/67).

Examina-se a preliminar.

Argui o apelante a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum.

Em que pese o inconformismo estatal, a autora/apelada ajuizou ação de cobrança fundada em títulos executivos judiciais devidamente constituídos em processos que tramitaram perante a Justiça Comum estadual. Assim, se os títulos têm origem na Justiça Comum, não há como sustentar que sua execução deve se processar perante a Justiça do Trabalho.

Rejeita-se a preliminar.

No tocante ao mérito, tem-se que o procedimento para pagamento de honorários advocatícios, conforme consolidado na jurisprudência, prescinde de prévio requerimento na via administrativa, e o que não é pressuposto indispensável ao pleito judicial.

Com efeito, a CR/88 eliminou a possibilidade de que o legislador infraconstitucional crie obstáculos ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, excluindo, portanto, a necessidade da chamada "jurisdição condicionada" ou "instância administrativa de curso forçado" existente no texto anterior.

Assim, tem-se que o fato de a autora não ter pleiteado o pagamento de seu crédito na via administrativa, não atenta contra o princípio da legalidade nem lhe retira o direito de postulá-lo na via judicial, visto que a lei estadual não pode estabelecer condição restritiva a direito constitucionalmente consagrado.

Não há dúvida de que os advogados nomeados para exercer o múnus de patrocinar judicialmente os interesses de litigantes carentes na acepção legal têm o direito de ser remunerados pelas atividades desempenhadas, o que é feito sob a forma de honorários, pagos pelo Poder Público, no importe fixado por decisão proferida no processo em que oficiou o defensor dativo.

Da análise dos autos, veem-se as certidões expedidas pela Secretaria do Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Timóteo (f.10/11), as quais gozam de fé pública, dando notícia das nomeações da apelada para funcionar nos autos como defensora dativa, bem como o valor certo dos honorários advocatícios que lhe foram fixados naquelas oportunidades, que totalizam R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Outrossim, a certidão emitida de acordo com a Lei Estadual 13.166/99 possui eficácia de título executivo judicial, a teor do disposto no seu § 2º do art. 10.

Ademais, a Resolução 558/07 do Conselho da Justiça Federal não se aplica aos processos de competência da Justiça Comum, como pretende o apelante.

Se a apelada efetivamente exerceu com presteza o múnus que lhe foi posto, o Estado não pode se esquivar de proceder ao pagamento dos valores devidos; tal conclusão também se justifica por aplicação das doutrinas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural, que evoluíram para o princípio da moralidade administrativa.

No mais, tem-se que nem mesmo a autonomia conferida aos entes estatais para organizar suas defensorias públicas é capaz de afastar ou limitar direito constitucionalmente garantido, na hipótese, de assistência judiciária gratuita às pessoas que não tenham recursos, seja na busca, seja na defesa de direitos.

Portanto, o art. 272 da Constituição Mineira, a lei estadual e o decreto regulamentador não podem servir de óbice à pretensão buscada pela autora, pois estabelecem condição restritiva a direito constitucionalmente consagrado.

Com tais razões, rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - De acordo.

DES. ARMANDO FREIRE - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Mandado de segurança - Renovação de credenciamento de centro de formação de condutores - Requisito - Certidão negativa de ações criminais - Não atendimento - Princípio da presunção de inocência - Art. 5º, LVII, da CF/88 - Inteligência - Direito líquido e certo - Inocorrência

Ementa: Administrativo e constitucional. Apelação cível. Mandado de segurança. Renovação de credenciamento de centro de formação de condutores. Requisito. Certidão negativa de ações criminais. Não atendimento. Direito líquido e certo. Inocorrência. Segurança denegada. Sentença confirmada. Recurso não provido.

- Direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, por documento inequívoco e independentemente de exame técnico e dilação probatória, sob pena de indeferimento liminar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.648174-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: C.F.C.T.L.L. ME - Apelado: Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Chefe do Departamento de Trânsito de Minas Gerais - Relator: DES. BARROS LEVENHAGEN

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Manuel Saramago, 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 junho de 2011. - *Barros Levenhagen* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BARROS LEVENHAGEN - Trata-se de apelação cível manejada contra a sentença de f. 56/58-TJ, proferida pelo Magistrado Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes nestes autos de mandado de segurança impetrado por C.F.C.T.L.L. ME em face de ato indigitado praticado pelo Chefe do Detran/MG - Departamento de Trânsito de Minas Gerais, que, considerando a inexistência de desvio de legalidade ou abuso de poder no ato administrativo impugnado, denegou a segurança pleiteada, tornando sem efeito a liminar anteriormente concedida.

Inconformado e pugnando pela sua reforma (f. 77/82-TJ), sustenta a impetrante, em síntese, que seu direito líquido e certo se encontra fartamente demonstrado nos autos, na medida em que "a ação criminal que tramita contra o representante legal da apelante ainda está em andamento, sendo que ainda não houve nem mesmo o julgamento de primeiro grau, sendo que a ação ainda se encontra em fase de instrução", com o que a denegação da segurança vindicada representa patente afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CR/88).

Contrarrazões apresentadas às f. 86/88-TJ.

Parecer ministerial colacionado às f. 95/98-TJ, opinando o Procurador de Justiça Luiz Fernando Dalle Varela pelo provimento recursal.

Conheço do recurso voluntário, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Esta Corte, manifestando-se sobre o conceito de direito líquido e certo, assim decidiu:

> Em mandado de segurança, o direito invocado há que vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. O pedido deve ser apoiado em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cotejo de prova, pois direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, capaz de ser comprovado de plano, por documento inequívoco (Apelação Cível 197.993-9/00 - Comarca de Belo Horizonte - Rel. Des. Carreira Machado - *DJ* de 23.05.01).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, in *Curso de direito constitucional*, 17. ed., Saraiva, 1989, p. 274, nos ensina que: "O fundamento do mandado de segurança é, como no caso de *habeas corpus*, a ilegalidade *lato sensu*, que compreende o abuso de poder".

O mestre Vicente Greco Filho, in *Tutela constitucional das liberdades*, Saraiva, 1989, p.159, sobre o assunto preleciona que:

> Como vimos, a finalidade do mandado de segurança é a correção do ato de autoridade quando estiver viciado pela falta de alguns de seus elementos que são: objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, motivo e finalidade. Não é possível, todavia, o exame do mérito do ato administrativo, isto é, o exame de suas razões de oportunidade e conveniência, que escapam, aliás, em qualquer caso, da apreciação do Poder Judiciário, dado ao princípio constitucional da separação dos Poderes.

Sobre a necessidade de um direito líquido e certo por parte do impetrante, os ensinamentos de José Afonso da Silva, em *Curso de direito constitucional positivo*, 5. ed., RT, 1989, p. 386, são no seguinte sentido:

> No conceito de Hely Lopes Meirelles, aceito pela doutrina e pela jurisprudência - é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da sua impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante; se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de sua situação e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios

> jurídicos. Mas o próprio autor acha o conceito insatisfatório, observando que o 'direito, quando existente, é sempre líquido e certo; os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e esclarecimentos'.

Postas tais premissas, verifica-se que a r. sentença não merece reparos, visto que aplicou à espécie o direito cabível, nos estritos limites da Lei nº 1.533/51, não havendo o impetrante, por outro lado, se desincumbido de fazer prova indiscutível, completa e transparente do direito por ele alegado.

No exercício de sua competência regulamentadora do credenciamento dos centros de formação de condutores do Estado de Minas Gerais, estabeleceu o Decreto 44.714/08, dentre outros requisitos, a apresentação de

> certidão negativa da Justiça Estadual, abrangendo ações criminais, execuções fiscais e ações em que for interessado o Estado, suas autarquias e fundações, referentes ao CFC e seus titulares (art. 8º, VIII).

Conforme exsurge do documento apresentado à f. 19-TJ, a certidão criminal apresentada pelo impetrante não é negativa; pelo contrário, o registro noticia a existência de ação criminal instaurada contra a pessoa do apelante, por violação ao art. 333, parágrafo único, do Código Penal.

Nesse passo, não se desincumbiu o impetrante de sua obrigação de apresentar ao órgão competente a integralidade da documentação exigida, a tornar imperioso reconhecer a ausência do direito líquido e certo necessário à concessão da segurança vindicada.

O impetrado, na condição de administrador público, deve obediência estrita ao princípio da legalidade, de forma que o ato impugnado, em sua essência, não se mostra abusivo nem ilegal.

Ressalte-se, por oportuno, não se caracterizar a negativa ora impugnada como violação ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CR/88); segundo o ilustre Desembargador Kildare Carvalho, trata-se de exigência de o pretendente ao exercício de atividade de interesse público possuir ilibada conduta em sua vida pessoal e social, *in verbis*:

> [...]
> A alegação do apelante para defender a ilegalidade do ato que concluiu pela negativa de sua inscrição seria a de que não há contra si sentença penal condenatória com trânsito em julgado, de maneira que não possuiria antecedentes criminais, tendo em vista o princípio da presunção de inocência.
> A meu sentir, tal princípio, típico do direito penal, deve ser sopesado com as demais exigências contidas na lei e que possuem campo maior de abrangência.
> A idoneidade moral, apontada na lei e repetida no edital, pode ser entendida como o conjunto de qualidades morais de uma pessoa, que faz com que ela seja bem conceituada no meio em que vive, em virtude do reto cumprimento dos deveres e dos bons costumes.
> José Cretella Júnior nos ensina que a 'idoneidade moral é o atributo da pessoa que, no agir, não ofende os princípios éticos vigentes em dado lugar e época. É a qualidade da pessoa íntegra, imaculada, sem mancha, incorrupta, pura' (in *Comentários à Constituição de 1988*, v. 5).
> Veja bem. A exigência legal e editalícia de possuir o aspirante que deseja integrar a Corporação Militar idoneidade moral está diretamente ligada à necessidade de se procurar selecionar membros que se identifiquem com e espelhem os padrões disciplinares e hierárquicos de conduta e procedimento inerentes à Polícia.
> Vale dizer, espera-se do integrante da PM, instituição que cuida primordialmente da segurança pública, que tenha uma conduta proba, livre de máculas e de comportamentos que não estejam vinculados à pratica de crimes ou contravenções.
> Nesse contexto, tenho que não há falar na espécie em princípio da presunção de inocência em prol daquele que se encontra sendo criminalmente processado ou sendo investigado em inquérito, na medida em que a garantia constitucional assegura que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (art. 5º, LVII). Observe-se que não se fala em presunção de inocência, mas sim em presunção de não culpabilidade (TJMG - Proc. nº 1.0382.08.083913-9/001 - Numeração única: 0839139-29.2008.8.13.0382 - Rel. Des. Kildare Carvalho - j. em 16.10.2008 - *DJ* de 25.11.2008).

Trata-se, dessarte, de exigência do Poder Público de que o agente responsável pela formação de condutores, ante a relevante função de que é responsável, possua conduta proba, livre de máculas e comportamento irreprovável.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, confirmando a d. sentença primeva, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LEITE PRAÇA e MANUEL SARAMAGO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação de cobrança - Honorários advocatícios - Defensor dativo nomeado - Estado de Minas Gerais - Certidão comprobatória - Valor arbitrado judicialmente - Direito do profissional - Majoração dos honorários advocatícios

Ementa: Ação ordinária de cobrança. Honorários advocatícios. Defensor dativo nomeado. Estado de Minas Gerais. Mérito. Certidão comprobatória. Valor arbitrado

judicialmente. Direito do profissional. Honorários advocatícios majorados.

- Sendo a prestação de assistência judiciária um dever do Estado, cabe à Fazenda remunerar aqueles que tenham sido indicados como defensores dativos ou curadores especiais pelo juiz, consoante disposição do art. 22 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94).

- Se a certidão acostada aos autos, extraída pela Secretaria do Juízo do processo do qual participou o autor como defensor dativo, comprova sua efetiva e regular atuação nesta qualidade, deve o Estado efetuar o pagamento dos honorários judicialmente arbitrados em seu proveito, em sede de ação judicial de cobrança, não sendo necessário o prévio esgotamento da via administrativa.

- Conquanto a questão discutida, mediante apresentação de documentos, tenha se limitado ao direito do autor ao recebimento dos honorários advocatícios arbitrados nos processos em que ele atuou como defensor dativo, a verba honorária fixada em prol do seu ilustre advogado revela-se de pouca monta. Recomenda-se, assim, sua majoração a fim de atingir maior sintonia com os comandos dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, evitando-se remuneração não condizente com o trabalho desenvolvido pelo advogado do autor ao longo da demanda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.648942-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) J.C.J., 2º) Estado de Minas Gerais - Apelados: Estado de Minas Gerais, J.C.J. - Relator: DES. ARMANDO FREIRE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Andrade, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2011. - *Armando Freire* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo 1º apelante, o Dr. Elmo Antônio Fortes.

DES. ARMANDO FREIRE - Foi proferida a r. sentença de f. 52/59, por meio da qual se julgou procedente o pedido de cobrança na presente ação ajuizada por J.C.J. em desfavor do Estado de Minas Gerais.

O ilustre Juiz de Direito substituto da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte concluiu que o autor faz jus ao recebimento dos honorários advocatícios arbitrados em processo judicial em que autuou como defensor dativo, conforme conteúdo da certidão juntada com a inicial. Por fim, condenou o Estado de Minas Gerais ao pagamento do valor de R$2.000,00 (dois mil reais), corrigidos monetariamente a partir da data em que deveriam ter sidos pagos e acrescidos de juros de 0,5 (meio) por cento ao mês desde a citação válida até a vigência da Lei 11.930/2009. Condenou o réu, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios no valor correspondente a 10% (dez) por cento do valor da condenação.

O autor e o réu interpuseram recursos voluntários.

Pelas razões recursais de f. 61/66, o autor, ora primeiro apelante, requer a reforma parcial da sentença para que sejam majorados os honorários advocatícios fixados na sentença.

O réu, por sua vez, apresentou recurso de f. 71/76, pugnando pela reforma integral da sentença.

Recursos recebidos à f. 74, no duplo efeito.

Contrarrazões recursais às f. 75/79 e 82/84, respectivamente, pelo autor e pelo réu.

Conheço dos recursos interpostos, ante a presença dos exigidos pressupostos de admissibilidade.

Segundo recurso (réu).

Passo a analisar primeiro o recurso interposto pelo Estado de Minas Gerais.

Compete ao Estado o ônus da assistência judiciária gratuita aos declaradamente pobres no sentido legal, devendo a Defensoria Pública do Estado atuar como curadora especial.

A Defensoria Pública em Minas Gerais, bem como vem ocorrendo em outros Estados da Federação, enfrenta uma série de limitações, de ordem material, que afetam, sobretudo, o pleno exercício de suas funções institucionais. Nesse cenário, há comarcas em que não existe Defensoria Pública ou, quando existe, é limitado o número de defensores públicos.

Não havendo ou sendo insuficiente a Defensoria Pública local, ao juiz é conferido o poder-dever de nomear um advogado particular para o exercício da função de defensor e, também, pelas mesmas razões, para o encargo de curador especial (art. 9º, II, CPC), conforme o caso, seja o autor ou o réu pobre ou encontrando-se o réu em local incerto e não sabido. Essa nomeação *ad hoc* permite a realização dos atos processuais, assegurando à parte o cumprimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, além de possibilitar a formação e desenvolvimento válido da relação processual.

Sendo a prestação de assistência judiciária um dever do Estado, cabe à Fazenda remunerar aqueles que

tenham sido indicados como defensores dativos ou curadores especiais pelo juiz. Tal direito foi reconhecido pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil no seu art. 22. De acordo com essa norma da Lei nº 8.906/94, a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. E completa:

> § 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

Conforme manifestou o STJ:

> A fixação dos honorários do defensor dativo é consectário da garantia constitucional de que todo o trabalho deve ser remunerado, e aquele, cuja contraprestação encarta-se em decisão judicial, retrata título executivo formado em juízo, tanto mais que a lista dos referidos documentos é lavrada em *numerus apertus*, porquanto o próprio Código admite 'outros títulos assim considerados por lei'.

E ainda:

> O advogado dativo, por força da lei, da jurisprudência do STJ e da doutrina, tem o inalienável direito aos honorários, cuja essência corporifica-se no título judicial que não é senão a decisão que os arbitra.
> [...]
> A indispensabilidade da atuação do profissional do Direito para representar a parte no processo, gera ao defensor dativo o direito ao arbitramento de honorários pelos serviços prestados, cujo ônus deve ser suportado pelo Estado. 6. Recurso desprovido (STJ, RE 222373, Relator: Ministro Luiz Fux, *DJ* de 23.03.2004).

Os serviços prestados pelo defensor dativo geram-lhe direito aos honorários advocatícios, cujo pagamento incumbe ao Estado, consoante entendimento do STF:

> Uma vez fixada pelo acórdão recorrido a necessidade de nomeação de defensor dativo, é devida a verba de sucumbência honorária pela Fazenda estadual ao profissional que prestou o serviço de atribuição do Estado. (RE 222.373 e 221.486, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma - *Informativo STF* 188.)

> A verba fixada em prol do defensor dativo em nada difere das mencionadas no dispositivo legal que a consagra em proveito dos denominados 'Serviços Auxiliares da Justiça' e que consubstanciam título executivo (art. 585, V, do CPC). (Recurso Especial nº 602005/RS (2003/0199191-0), 1ª Turma do STJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 23.03.2004, unânime, *DJ* de 26.04.2004.)

Tratando-se de advogado profissional nomeado pelo juiz, em caso previsto por lei, não se presume gratuidade de seu serviço efetivamente prestado. E a Constituição do Estado de Minas Gerais, no seu art. 272, dispõe:

> Art. 272. O advogado que não for Defensor Público, quando nomeado para defender réu pobre, em processo civil ou criminal, terá os honorários fixados pelo juiz, no ato da nomeação, segundo tabela organizada pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado de Minas Gerais, os quais serão pagos pelo Estado, na forma que a lei estabelecer.

Em atendimento ao referido comando constitucional, editou-se a Lei Estadual nº 13.166/1999, que veio regulamentar o art. 272 da Cemg, visando garantir ao profissional do Direito, que atuou no desempenho de assistência judiciária, justa remuneração pelo valioso e indispensável serviço prestado à Justiça, à sociedade e, em última análise, ao próprio Estado. Colhe-se de seu art. 10:

> Art. 10. Após o trânsito em julgado da sentença, será certificado à repartição fazendária competente o valor dos honorários arbitrados, a fim de que seja realizado o pagamento, no prazo de um mês, observada a ordem de apresentação das certidões.
> [...]
> § 2º A certidão de que trata este artigo tem eficácia de título executivo.

Regulamentando a Lei Estadual nº 13.166/1999, foi editado o Decreto Estadual nº 42.718/2002, que assim dispõe:

> Art. 7º O pagamento a advogado dativo será processado mediante certidão emitida por juiz competente, na qual constarão dados relativos à ação, a informação de que se trata de defesa de réu pobre e o valor arbitrado.
> [...]
> § 5º A certidão de que trata o *caput* deste artigo tem eficácia de título executivo.

O autor, advogado, ajuizou ação de cobrança em desfavor do Estado de Minas Gerais, pleiteando o recebimento do valor de R$2.000,00 (dois mil reais), com correção monetária. A verba se refere a honorários advocatícios fixados em processo judicial em que atuou como curador especial nomeado, tal como consta da certidão de f. 10.

Referida certidão goza de presunção legal de veracidade e legitimidade, até que se prove o contrário. Goza de fé pública. Espelha, validamente, o crédito reclamado. Ante a ausência de prova em contrário, indica a nomeação do autor da presente ação como defensor dativo e sua respectiva remuneração arbitrada.

Com a devida vênia do 2º apelante, não há qualquer indício de ofensa a requisitos constitucionais e

legais na nomeação do autor ou, especificamente, que ele assistiu pessoa que não fosse pobre no sentido legal.

Enfim, os documentos que instruem o processo suficientemente revelam a presença dos requisitos necessários à procedência do pedido, inclusive porque o 2º recorrente não trouxe aos autos prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do recorrido, na forma do art. 333 do CPC. Lembrando que o fato de o recorrido não ter exaurido a via administrativa ou de não ter demonstrado a resistência da Administração Pública ao pagamento da verba honorária cobrada não se revela como impeditivo, modificativo ou extintivo do direito ao crédito cobrado.

Finalizo, ilustrando o presente voto com a jurisprudência desta Câmara acerca da matéria:

> Ação ordinária - Honorários advocatícios - Nomeação de advogado para defesa de litigantes carentes - Remuneração devida pelo Estado. - As certidões acostadas aos autos demonstram que o apelado atuou como defensor designado, devendo o Estado efetuar o pagamento dos honorários judicialmente arbitrados, sob pena de enriquecimento ilícito. (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.05.697914-9/001. Relator: Des. Corrêa de Marins. Data do acórdão: 24.10.2006.)

> Ação de cobrança - Honorários advocatícios - Profissional nomeado como defensor dativo - Exaurimento da via administrativa - Desnecessidade - Valores devidos e fixados judicialmente - Aplicação das doutrinas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural - moralidade. [...] Os valores buscados a título de honorários advocatícios, referentes aos serviços profissionais prestados pelo advogado a pessoas carentes, em 21 (vinte e um) feitos, ante a inexistência de defensor público local e atendendo à nomeação judicial, são devidos, também por aplicação das doutrinas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural que evoluíram para o princípio da moralidade administrativa. (Apelação Cível 1.0084.04.911.225-7/001, Rel. Des. Geraldo Augusto. Data do acórdão: 27.09.2005.)

No que tange ao pedido de não aplicação da correção monetária, sem razão o apelante. A correção deve obedecer à tabela adotada pela Corregedoria de Justiça deste Tribunal.

Por tudo o que foi exposto, concluo que o recurso interposto pelo réu, Estado de Minas Gerais, não deve ser provido, *data venia*.

Primeiro recurso (autor).

Honorários advocatícios.

Merece ser acolhida a pretensão de majoração dos honorários advocatícios, arbitrados em sentença (10% sobre o valor da condenação).

Nos termos da norma do § 4º do art. 20 do CPC, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as diretrizes contidas nas alíneas *a* (o grau de zelo do profissional), *b* (o lugar de prestação do serviço) e *c* (a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço) do § 3º do mesmo artigo.

No caso em tela, conquanto a questão discutida, mediante apresentação de documentos, tenha se limitado ao direito do autor ao recebimento dos honorários advocatícios arbitrados no processo em que atuou como defensor dativo, a verba honorária fixada em prol do seu ilustre advogado revela-se de pouca monta. Recomenda-se, assim, sua majoração a fim de atingir maior sintonia com os comandos dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, evitando-se remuneração não condizente com o trabalho desenvolvido pelo advogado do autor ao longo da demanda.

Dessarte, revendo o arbitramento, fixo a verba honorária em favor do advogado da primeira apelante no equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. O valor resultante não se mostra excessivo à Administração e remunera o profissional de forma justa pelo seu trabalho indispensável à Administração da Justiça.

Conclusão.

À luz do exposto, dou provimento ao 1º recurso (do autor) para majorar os honorários advocatícios para 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Outrossim, nego provimento ao 2º recurso (do réu).

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - De acordo.

DES. EDUARDO ANDRADE - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

...

Precatório - Fracionamento - Inocorrência - Execuções diversas e autônomas - Satisfação de créditos distintos decorrentes de uma mesma sentença - Possibilidade

Ementa: Apelação cível. Execução. Fracionamento do crédito. Inocorrência. Execuções diversas.

- A impossibilidade de fracionamento de precatórios não se aplica aos casos de execuções autônomas, que buscam a satisfação de créditos distintos, embora derivados de uma mesma sentença.

- Ocorrendo o pagamento por RPV das diferenças salariais e existindo valores vincendos até a efetiva incorporação da diferença aos proventos do servidor, poderá este ajuizar nova execução, autônoma, para a satisfação de seu crédito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.942234-9/001 - Comarca e Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: M.V.F. - Relator: DES. ANTÔNIO SÉRVULO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Antônio Sérvulo, 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, 3 de maio de 2011. - *Antônio Sérvulo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - A matéria recorrida cinge-se à ocorrência de fracionamento de precatório ou da própria execução, a violar a regra do pagamento por precatórios, contida na Constituição Federal.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Diversamente do consignado na sentença, tenho que não se trata aqui de precatório complementar ou suplementar, hipótese prevista diante de erro material ou inexatidão aritmética contidos no precatório original.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> Ementa: Constitucional. Precatório. Crédito complementar: novo precatório. Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inciso V do art. 336. CF, art. 100. Interpretação conforme sem redução do texto. I. - Dispõe o inciso V do art. 336 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que 'para pagamentos complementares serão utilizados os mesmos precatórios satisfeitos parcialmente até o seu integral cumprimento'. Interpretação conforme, sem redução do texto, para o fim de ficar assentado que 'pagamentos complementares', referidos no citado preceito regimental, são somente aqueles decorrentes de erro material e inexatidão aritmética, contidos no precatório original, bem assim da substituição, por força de lei, do índice aplicado. II. - ADI julgada procedente, em parte (ADI 2924/SP - São Paulo, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 06.09.2007).

Cuida-se aqui de execução diversa da ajuizada anteriormente, malgrado nos mesmos autos do processo de conhecimento, cujo débito não se confunde com o anterior, que se encerrou com o pagamento por RPV (f. 481 dos autos principais).

O débito anterior se referia ao pagamento das diferenças salariais apuradas no período de 1997 a 2004, ocorrendo a extinção da execução com o pagamento através de RPV.

Nesta execução, que ensejou os presentes embargos, estão sendo cobradas parcelas vencidas após o ano de 2004 e até a efetiva incorporação das diferenças salariais nos proventos do embargado, mostrando-se autônoma em relação àquela, o que permite a expedição de novo precatório ou RPV sem que se viole a regra que impede o fracionamento.

Frise-se, portanto, que não se trata aqui de complementar o débito pago por meio de RPV, mas de nova execução, autônoma, com base em débito diverso, em que pese derivado da mesma sentença.

Tratando-se de execuções autônomas, não há que se falar em fracionamento da execução, visto que o débito não poderia ser executado conjuntamente com aquele outro, por uma questão temporal, já que não estava vencido naquela ocasião, inexistindo violação à norma constitucional que impossibilita o fracionamento dos precatórios.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, para manter a sentença recorrida, ainda que por outros fundamentos.

Sem custas recursais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SANDRA FONSECA e EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

. . .

Reexame necessário - Ação declaratória - Renovação de alvará sanitário - Exigência de farmacêutico - Responsabilidade técnica - Técnico em farmácia inscrito junto ao Conselho Regional de Farmácia - Possibilidade - Súmula 120 do STJ - Inteligência - Honorários advocatícios - Redução - Art. 20, § 4º, do CPC - Exegese - Custas - Entes públicos da Administração Direta - Isenção - Custas recolhidas previamente pelo vencedor - Condenação - Ônus da sucumbência

Ementa: Direito administrativo. Reexame necessário. Ação declaratória. Técnico em farmácia inscrito junto ao Conselho Regional de Farmácia. Responsável técnico por drogaria. Possibilidade. Honorários advocatícios. Redução. Impossibilidade. Custas. Estado de Minas Gerais. Isenção. Sentença reformada em parte.

- Técnico em farmácia, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, pode ser responsável técnico por drogaria, nos termos da Súmula 120 do Superior Tribunal de Justiça.

- Não há como falar em redução de honorários advocatícios, quando se constata que o valor fixado na sen-

tença é razoável e está de acordo com o disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

- Os entes públicos da administração direta, as autarquias e as fundações públicas dispõem de privilégio legal de isenção de custas (art. 10 da Lei Estadual nº 14.939/03).

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0024.08.995930-8/002 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juíza de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte - Autores: M.A.F. e outro - Réu: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. MOREIRA DINIZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Almeida Melo, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2011. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de reexame necessário, ante a sentença da MM. Juíza da 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedente a "ação declaratória" ajuizada por M.A.F. e outro contra o Estado de Minas Gerais.

O autor alega que, "a fim de renovar o alvará sanitário para o corrente ano de 2008, e mediante vistoria do órgão sanitário do requerido, foi notificado para apresentar comprovante de contratação de novo farmacêutico responsável técnico, juntamente com uma via do CRT emitido pelo Conselho Regional de Farmácia" (f. 03); que a exigência é indevida, sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que a "drogaria pode ter como técnico responsável o técnico em farmácia"; que apresentou todos os documentos necessários para a concessão do alvará sanitário; que não há, na Lei Federal nº 5.991/73, exigência de apresentação de "Certificado de Responsabilidade Técnica" para a concessão do alvará sanitário.

Às f. 38/40, foi deferida a inclusão, no polo ativo da lide, do espólio de J.F.O.

O Estado de Minas Gerais contestou o pedido, alegando que

> não basta ao interessado em obter a licença que prove estar inscrito no CRF (Conselho Regional de Farmácia); é também necessário que o interessado prove, através do Certificado de Responsabilidade Técnica expedido pelo CRF, que, além de inscrito nesta autarquia de classe profissional, está habilitado para exercer especificamente as atividades de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos (f. 56).

A sentença (f. 80/84) julgou procedente a ação, para declarar "o direito do autor de que lhe seja expedido o alvará sanitário, sem a exigência de Certificado de Responsabilidade Técnica". Por fim, o Estado de Minas Gerais foi condenado ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00.

Às f. 84/84-v., o Estado de Minas Gerais informou que não recorreria da sentença.

Passo ao reexame necessário.

A Lei Federal nº 5.991/73 dispõe:

> Art. 22. O pedido da licença será instruído com:
> a) prova de constituição da empresa;
> b) prova de relação contratual entre a empresa e seu responsável técnico, quando for o caso;
> c) prova de habilitação legal do responsável técnico, expedida pelo Conselho Regional de Farmácia.
> Art. 23. São condições para a licença:
> a) localização conveniente, sob o aspecto sanitário;
> b) instalações independentes e equipamentos que satisfaçam aos requisitos técnicos adequados à manipulação e comercialização pretendidas;
> c) assistência de técnico responsável, de que trata o art. 15 e seus parágrafos, ressalvadas as exceções previstas nesta Lei.

Da leitura dos dispositivos, resta claro que não há exigência de que o pedido de licença para funcionamento de drogaria seja instruído com o Certificado de Responsabilidade Técnica. A lei exige, tão somente, a prova de habilitação legal do responsável técnico.

No caso, o documento de f. 20 comprova a habilitação do autor, M.A.F., junto ao Conselho Regional de Farmácia do Estado de Minas Gerais, sendo certo que o autor cumpriu a exigência contida no art. 22, *b*, da Lei Federal nº 5.991/73.

Nesse ponto, ressalto que, embora o referido autor não seja farmacêutico, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que "o oficial de farmácia, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, pode ser responsável técnico por drogaria" (Súmula nº 120).

Assim, não havia óbice para a concessão de alvará sanitário.

No que diz respeito aos honorários advocatícios, não há razão para sua alteração, porque o valor fixado na sentença não representa ônus excessivo para a Fazenda Pública, e está de acordo com o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

No que diz respeito às custas, é de se reconhecer que os entes públicos da administração direta, as autar-

quias e as fundações públicas dispõem de privilégio legal (art. 10 da Lei Estadual nº 14.939/03), consubstanciado em isenção dos referidos encargos, devendo, nesse aspecto, ser reformada a decisão monocrática. Por outro lado, o art. 12, § 3º da mesma lei é expresso no sentido de que as despesas judiciais serão reembolsadas ao final pelo vencido, ainda que este seja ente público da administração direta ou indireta. Dessa forma, no caso, restando vencido o Estado de Minas Gerais, é certo que deve arcar com as custas processuais previamente recolhidas pelos vencedores.

Com tais apontamentos, reformo parcialmente a sentença, apenas para isentar o Estado de Minas Gerais do pagamento de custas, excetuando-se aquelas adiantadas pela parte vencedora.

Custas do reexame, pelo Estado de Minas Gerais; isento, pelas razões mencionadas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÁRCIO LOPARDI MENDES e HELOÍSA COMBAT.

Súmula - NO REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA.

...

Embargos de terceiro - Fraude à execução - Alienações sucessivas - Princípio da boa-fé e da confiança - Não sujeição aos efeitos da fraude - Cerceamento de defesa - Julgamento antecipado da lide - Prova testemunhal - Inocorrência - Arts. 131 e 330 do CPC - Inteligência

Ementa: Apelação cível. Embargos de terceiros. Fraude à execução. Alienações sucessivas. Princípio da boa-fé e da confiança. Não sujeição aos efeitos da fraude. Sentença reformada.

- Não obstante a fraude de execução ser objetivamente avaliada, sendo necessária a alienação do bem, posteriormente à citação válida do executado insolvente, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que "aquele que não adquire do penhorado não fica sujeito à fraude *in re ipsa*, senão pelo conhecimento *erga omnes* produzido pelo registro da penhora.

- É entendimento dos tribunais superiores que o adquirente de boa-fé que não estabeleceu relação direta com a executada, mas sim adquirindo de terceiro, em razão de sucessiva relação de alienações do imóvel, deve ter seus direitos preservados com respaldo na boa-fé objetiva e no princípio da confiança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0012.10.000185-3/001 - Comarca de Aiuruoca - Apelante: J.M.C. - Apelado: E.A.S.C., representada pela mãe E.M.S.C. - 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, sob a Presidência do Desembargador Manuel Saramago, 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, 7 de abril de 2011. - *Mauro Soares de Freitas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Trata-se de apelação interposta por J.M.C. em face de E.A.S.C., representada pela mãe E.M.S.C., contra sentença que julgou improcedente o pedido nos embargos de terceiro.

Inconformado, recorre o embargante suscitando preliminar de cerceamento de defesa, uma vez que houve o julgamento antecipado da lide, e, no mérito, pugna pela procedência do pedido, afirmando que adquiriu o veículo (sobre o qual recaiu a penhora nos autos da execução de alimentos) de boa-fé e que não havia nenhuma restrição no Detran, por isso não poderá manter a determinação de fraude à execução.

Contrarrazões às f. 71/75, em óbvia infirmação.

Parecer ministerial opinando pela rejeição da preliminar e desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, devo apreciar a preliminar suscitada pelo apelante de cerceamento de defesa.

Cabe ressaltar o disposto nos arts. 131 e 330 do CPC, podendo concluir, assim como o Julgador primevo, que, sopesando os termos do contraditório e os elementos probatórios contidos no processo, verifica-se que o julgamento antecipado da lide não maculou o princípio do devido processo legal e seus corolários.

O apelante requereu a produção de provas testemunhais objetivando comprovar sua boa-fé ao adquirir o veículo penhorado nos autos da execução de alimentos ajuizada pela apelada. Ocorre que, entendendo o julgador que não importa a boa-fé do adquirente nos casos de fraude de execução, não haveria o que comprovar o apelante, por isso julgou antecipadamente a lide.

Em sendo assim, não há que se falar em cerceamento de defesa. Rejeito a preliminar.

Passo ao exame do mérito.

Ressalta-se que, para a caracterização da fraude de execução, necessário se faz que a alienação tenha sido efetuada após a citação válida, restando tal ato devidamente inscrito no registro, ou, na falta de tal providência, havendo prova de que o adquirente tinha conhecimento do ajuizamento da execução.

Não obstante a fraude de execução ser objetivamente avaliada, sendo necessária a alienação do bem, posteriormente à citação válida do executado insolvente, há uma peculiaridade na hipótese dos autos que afasta os efeitos da fraude de execução. Especificamente, tem-se que o adquirente de boa-fé não estabeleceu relação direta com o executado, mas sim adquiriu de terceiro, Sr.ª I.C.S.M., de Carmo de Minas, em sucessiva relação de alienações do veículo, restando o embargante no meio da cadeia negocial, uma vez que também o alienou.

Ademais, à época da alienação do veículo pelo embargante, não havia nenhuma oneração nem estava o mesmo gravado por algum ônus que impedisse a alienação. Nem mesmo a apelada comprovou a má-fé ou a ciência de que aquele veículo não poderia ser alienado. Dessa forma, presume-se sim a boa-fé do embargante.

Em sendo assim, não faz sentido prejudicar terceiro de boa-fé que, em confiança e com as necessárias cautelas, adquiriu um direito cuja regularidade era evidente. Essa situação importaria verdadeiro caos, em total instabilidade, nas relações sociais, especialmente nos negócios de compra e venda, como o do caso dos autos.

Esse tem sido o entendimento do STJ:

> Processo civil. Tributário. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Boa-fé do adquirente. Fraude à execução. Não configuração. Arts. 185 do CTN e 593, II, do CPC.
> 1. Para se configurar a fraude à execução, é necessário que a alienação do bem ocorra após a citação válida do devedor e o conluio entre devedor/alienante e adquirente do bem.
> 2. A alienação em fraude à execução não pode ser oposta a terceiro de boa-fé.
> 3. Presume-se de boa-fé o adquirente de veículo automotor objeto de sucessivas vendas após a iniciada pelo executado, sem que haja qualquer indicação da ocorrência de conluio fraudulento.
> 4. Recurso especial provido (STJ, 2ª Turma, REsp 604118/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 13.02.2007, *DJU* de 08.03.2007).
> Tributário. Embargos de terceiro. Execução fiscal. Fraude à execução. Alienação posterior à citação do executado, mas anterior ao registro de penhora ou arresto. Necessidade de comprovação do *consilium fraudis*.
> 1. A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (EREsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal.
> 2. Ficou superado o entendimento de que a alienação ou oneração patrimonial do devedor da Fazenda Pública após a distribuição da execução fiscal era o bastante para caracterizar fraude, em presunção *jure et de jure*.
> 3. Afastada a presunção, cabe ao credor comprovar que houve conluio entre alienante e adquirente para fraudar a ação de cobrança.
> 4. No caso de alienação de bens imóveis, na forma da legislação processual civil (art. 659, § 4º, do CPC, desde a redação da Lei 8.953/94), apenas a inscrição de penhora ou arresto no competente cartório torna absoluta a assertiva de que a constrição é conhecida por terceiros e invalida a alegação de boa-fé do adquirente da propriedade.
> 5. Ausente o registro de penhora ou arresto efetuado sobre o imóvel, não se pode supor que as partes contratantes agiram em *consilium fraudis*. Para tanto, é necessária a demonstração, por parte do credor, de que o comprador tinha conhecimento da existência de execução fiscal contra o alienante ou agiu em conluio com o devedor-vendedor, sendo insuficiente o argumento de que a venda foi realizada após a citação do executado.
> 6. Assim, em relação ao terceiro, somente se presume fraudulenta a alienação de bem imóvel realizada posteriormente ao registro de penhora ou arresto.
> 7. Recurso especial improvido (STJ, 2ª Turma, REsp 811898/CE, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, julgado em 05.10.2006, *DJU* de 18.10.2006).

Logo, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça que

> aquele que não adquire do penhorado não fica sujeito à fraude *in re ipsa*, senão pelo conhecimento *erga omnes* produzido pelo registro da penhora (STJ, 1ª Turma, REsp 835089/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 22.05.2007, *DJU* de 21.06.2007).

Portanto, demonstrada nos autos que a alienação do referido veículo não se efetuou do executado, e sim de terceiro, configurou-se alienação sucessiva, não podendo os efeitos da fraude aplicar-se ao embargante. Pelo que, deve-se reformar a sentença recorrida.

Ante tais considerações, dou provimento ao recurso, para reformar a sentença e acolher os embargos de terceiro para tornar insubsistente a penhora do veículo, determinar o cancelamento do impedimento judicial no Detran, invertendo-se os ônus da sucumbência. Suspensa a exigibilidade do pagamento nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Custas, pela apelada, suspenso o pagamento nos termos do art. 12 da Lei 10.060/50.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BARROS LEVENHAGEN e ANDRÉ LEITE PRAÇA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Ação possessória - Art. 927 do CPC - Preenchimento dos requisitos - Manutenção da posse - Creche municipal - Construção em imóvel diverso ao doado - Ofensa à posse de terceiro - Relevância do interesse público - Não incidência - Arrepio do ordenamento jurídico

Ementa: Agravo de instrumento. Administrativo. Manutenção de posse. Imóvel em que se inicia a construção de creche municipal. Indeferimento da liminar de manutenção, paralisação e restituição ao estado anterior. Evidências de ofensa à posse. Decisão parcialmente reformada. Recurso em parte provido.

- Presentes os requisitos do art. 927 do CPC e havendo evidências suficientes para se concluir, em juízo de cognição sumária, que o início da construção da creche se dá em imóvel completamente diverso daquele realmente doado para tal finalidade, impõe-se conceder a liminar de manutenção/reintegração na posse, ordenando a paralisação da obra, até ulterior deliberação.

- Em que pese a relevância pública de uma creche, a finalização de sua construção ao arrepio do ordenamento jurídico vigente tem considerável potencial lesivo que, considerado o ''calote'' institucionalizado dos precatórios, será de difícil ou até mesmo de impossível reparação. Todavia, considerando a concreta possibilidade de que a obra da creche esteja em estado avançado e não sendo completamente descartável eventual fracasso do autor/agravante na demanda originária ou mesmo uma eventual composição das partes, prudente que a pretendida restituição do imóvel ao seu estado anterior aguarde o definitivo desfecho da lide originária.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0194.10.007288-4/001 - Comarca de Coronel Fabriciano - Agravante: J.G.R. - Agravados: C.A.T.L. , Município de Coronel Fabriciano - Relator: DES. PEIXOTO HENRIQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Belizário de Lacerda, 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 junho de 2011. - *Peixoto Henriques* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento pelo agravado, Município de Coronel Fabriciano, a Dr.ª Cássia Augusta Alves Amaral.

DES. PEIXOTO HENRIQUES - Conforme se depreende do relatório lançado aos autos, insurge-se J.G.R. contra decisão que, dada nos autos da "ação de manutenção de posse" por ele ajuizada em face do Município de Coronel Fabriciano e da C.A.T.L., indeferiu o pedido liminar, deixando de determinar a paralisação das obras de construção de uma creche municipal em terreno de propriedade do autor/agravante, assim decidindo ao argumento de não ter sido devidamente comprovada a posse e em face da irreversibilidade da medida, que resultaria na paralisação das obras da creche, causando danos irreparáveis à população e afrontando diretamente o interesse público em detrimento de um interesse particular.

Em linhas gerais, após assinalar desnecessário o preparo, apresentou o agravante a "síntese fática e história processual", discorreu acerca do "cabimento do presente agravo na modalidade por instrumento" e, já tratando do "mérito do recurso", sustentou: que é o legítimo proprietário do terreno onde está sendo construída a creche municipal; que desde o início das obras vem tomando medidas com o intuito de paralisar as obras e restituir o imóvel ao *status quo ante*; e, que o direito constitucional de propriedade somente pode ser mitigado nas hipóteses legalmente estabelecidas pela lei e, em regra, precedidas de um procedimento para se materializar, sob pena de acarretar instabilidade, insegurança e afronta à ordem jurídica.

Pugna pela antecipação da tutela recursal ("determinando que as agravadas se abstenham de realizar quaisquer atos tendentes a mitigar o direito de propriedade plena de titularidade do agravante (usar, gozar e dispor), determinando, inclusive, a paralisação imediata de construções, etc.") e, ao final, pelo provimento do recurso, com a reforma da decisão agravada para se conceder "a tutela de urgência, nos termos postulados na petição de ingresso e demais manifestações", e a confirmação da antecipação da tutela recursal.

Instruído o recurso com os documentos de f. 29/158-TJ.

Dispensado o preparo (Lei nº 1.060/50 - v. f. 66-TJ).

Indeferi a requerida tutela antecipada recursal (f. 164/165-TJ).

O ente público agravado ofertou contraminuta (f. 169/172-TJ).

Prestadas as informações requisitadas (f. 176/177-TJ).

A empresa agravada não ofertou contraminuta (f. 182-TJ).

Sem a oitiva da d. PGJ/MG (Rec. Conj. PGJ/CGMP nº 03/07).

O agravo é admissível.

Dizendo-se senhor e legítimo possuidor de 5.951,50m² do lote s/nº, Quadra s/nº, na Av. Juscelino Kubitschek, Bairro Mangueiras, em Coronel Fabriciano, onde os agravados deram início à construção de uma creche, quer o agravante a expedição de mandado de manutenção na posse e de paralisação da referida obra pública, com a restituição do terreno ao *status quo ante*.

De relevo, além de fotografias do imóvel, com tapumes e placas anunciativas da obra, o agravante juntou à inicial da ação matriz a escritura de compra e venda registrada no Cartório de Imóveis, o boletim de ocorrência policial, as guias de ITBI e IPTU, as notificações e embargos extrajudiciais que fez ao agravado e, ainda, certidão negativa de tributos municipais incidentes sobre o imóvel.

Chegou-se a ordenar a paralisação da obra (v. f. 82/83-TJ).

Ainda antes da audiência de justificação, o Município agravado atravessou petição, fornida com escritura pública de doação, matrícula imobiliária, convênio e contrato, afiançando ter adquirido regularmente o imóvel, ter posse e propriedade por mais de ano e dia, ter havido sobreposição de área, ter iniciado no imóvel a construção de uma creche e, por fim, ter o interesse público prevalência sobre o particular.

Realizada a audiência de justificação, o agravante fez a juntada de nova documentação e promoveu a oitiva de três testemunhas.

Adveio, então, a decisão recorrida.

Para negar a liminar pretendida pelo autor/agravante afirmou o d. Julgador de primeiro grau "que não restou devidamente comprovada a posse do requerente no terreno descrito na inicial", segundo ele porque "as partes são possuidoras de áreas fronteiriças, não havendo, no momento, elementos a evidenciarem em qual dos terrenos exatamente está sendo construída a creche pelos réus, ou seja, se efetivamente está havendo a turbação narrada na inicial", tendo ainda dito "que o acolhimento da medida postulada na inicial acarretará a paralisação da obra de construção da creche no Bairro Manguabeiras, causando prejuízos irreparáveis à população de Coronel Fabriciano, o que afronta diretamente o interesse público".

Data venia, entendo ter razão o agravante.

Nos precisos termos do art. 927 do CPC, impõe-se a proteção possessória quando o autor faz prova de que é o possuidor do imóvel; de que sua posse foi turbada ou esbulhada; da data dessa turbação ou desse esbulho; e, por fim, de que continua tendo a posse, para fins de manutenção, ou, para fins de reintegração, de que a perdeu.

Como esclarecem os sábios:

> Ao possuidor ameaçado, molestado ou esbulhado, assegura a lei meios defensivos com que repelir a agressão. São as ações possessórias, que variam na conformidade da moléstia. Ontologicamente análogas, todavia, embora diversificadas em função do objeto, não prejudicam a invocação de uma por outra, não induz nulidade o ajuizamento de uma em vez de outra, desde que satisfeitos os requisitos de uma delas (CPC, art. 920). A existência destas ações, com caráter próprio e rito especial, que de modo geral todos os sistemas adotam, inspira-se no objetivo de resolver rapidamente a questão originada do rompimento antijurídico da relação estabelecida pelo poder sobre a coisa, sem necessidade de debater a fundo a relação jurídica dominial. O fundamento mesmo de se instituir procedimento especial para a tutela da posse assenta não tanto na celeridade do rito, mas principalmente em que tais ações se inauguram com uma primeira fase tipicamente cautelar.
>
> Não se deixa também de ponderar que a tutela da posse tem em vista, a par de considerá-la um fenômeno individual, consistir ela igualmente num fato social (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil* - Direitos reais. 18. ed. Forense, v. IV, p. 63 e 68/69).
>
> A simples exteriorização da propriedade chama-se 'posse' e, como tal, por si só, é protegida. Quem tem de fato o exercício de poderes inerentes à propriedade se chama 'possuidor' (CC, art. 485) e, em consequência, é protegido em sua posse contra qualquer espécie de molestamento e ameaça, sem necessidade de provar que é proprietário, nem que possui a coisa a outro título.
> A proteção possessória é efeito específico da posse. Nela o possuidor será mantido, em caso de turbação, reintegrado, no de esbulho (CC, art. 499) e protegido, no caso de ameaças contra ela (CC, art. 501).
> Estabelecida que seja a posse, a proteção, como efeito dela decorrente, independe de qualquer titulação (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 3. ed., v. III, p. 38).

Pois bem, no caso versado e por ocasião da audiência de justificação realizada aos 02.09.2010, as testemunhas ouvidas deram conta de que

> C.F.O. [...] agente de polícia [...] Que conhece o autor. Que conhece o terreno mostrado nas fotografias de f. 13/16. Que há 8 ou 10 dias viu no terreno umas placas e piquetes da Prefeitura de Cel. Fabriciano. [...] Que o depoente já cercou terreno em questão em 2 oportunidades para o autor. Que em nenhuma oportunidade o Município de Cel. Fabriciano, ou qualquer outra pessoa tentou impedi-lo de fazer a cerca no terreno (f. 117-TJ).
>
> M.J.G. [...] fiscal de obras [...] Que conhece o autor. Que conhece o imóvel situado no Bairro Mangueiras representado nas fotografias de f. 13/18. Que não sabe dizer se antes de uma construtora colocar uma cerca com folhas de zinco, se o terreno em questão era cercado. Que a construtora pôs a cerca há 1 ou 2 meses aproximadamente. [...] Que antes da construtora colocar a cerca de zinco no terreno a mesma tinha cerca de arame farpado. Que a cerca da construtora foi colocada por dentro da cerca de arame farpado existente sendo que em algumas partes o arame foi cortado. Que o depoente passou no local dos fatos quando a Polícia Militar estava registrando uma ocorrência da colo-

> cação de cerca por parte da construtora. [...] Que não sabe dizer se o autor utilizava a área em questão (f. 118-TJ).
>
> G.A.C. [...] encarregado de obras [...] Que conhece o autor. Que conhece o imóvel situado no Bairro Mangueiras representado nas fotografias de f. 13/18, sendo que não conhece a cerca de cor azul das fotografias de f. 16/17. Que há quase 4 anos o depoente fez uma cerca no terreno. Que o depoente fez a cerca para o Sr. J.G.R. atendendo ao chamado do Sr. C., que prestou depoimento nesta data, nesta sala de audiência. [...] Que o terreno sempre foi cercado e devidamente capinado. Indagado se o autor é dono da área, respondeu que pôs uma cerca no local para o mesmo, mas o proprietário certamente tem no documento. Que quando o depoente colocou a cerca em nenhum momento alguém tentou impedi-lo apresentando-se como dono ou proprietário (f. 119-TJ).

Por sua vez, aqui reproduzido às f. 47/48-TJ e lavrado pela Polícia Militar aos 24/06/2010, o BO nº 19079/10 registra a presença da testemunha C.F.O. no local e nos dá o seguinte "histórico da ocorrência":

> [...] solicitados pelo Sr. J.G.R. [...] comparecemos no endereço retromencionado, do imóvel de sua propriedade, onde nos relatou o seguinte: que constantemente vem sofrendo invasões de pessoas no intuito de 'construir' em seu imóvel, e que nesta data a C.A.T.L., tendo como representante o responsável Sr. V.M.S. [...] iniciaram ali (imóvel) a construção de uma 'creche', não prosseguindo devido à intervenção do proprietário (solicitante). Diante do exposto no local constatamos o fato, tendo o proprietário Sr. J.G.R. apresentado cópias de documentos, certificando ser ele o proprietário do imóvel. O envolvido, Sr. V.M.S., alegou que estava ali para dar início à construção de uma creche, obra esta solicitada pela Prefeitura do Município de Cel. Fabriciano, mas que, diante do impasse encontrado, ia interromper as obras aguardando um solução definitiva do caso em questão, e recolheria o material ali deixado por eles.

Por outro lado, a certidão de f. 62-TJ, emitida aos 26.07.2010 pelo próprio Município agravado, nos dá conta de que o agravante nada deve "à Fazenda Municipal até a presente data, com referência a impostos e taxas que recaem sobre o imóvel".

Ora, nesse contexto, tem-se por suficiente demonstrado: *primus*, que o autor/agravante é mesmo o possuidor do imóvel - do contrário não o cercaria, não o limparia, não se esforçaria para paralisar a obra da creche e, notadamente, não manteria em dia os tributos municipais incidentes sobre o imóvel; *secundus*, que sua posse foi turbada - do contrário não teríamos as fotografias das placas anunciando a construção da creche e dos tapumes denunciando o início da obra, nem muito menos o BO lavrado pela PMMG; *tertius*, que a turbação se deu em meados do ano de 2010 - do contrário não haveria no BO feito aos 24.06.2010 o registro da palavra do representante da empresa agravada informando que no terreno se encontrava a mando do Município agravado para dar início à construção da creche, nem as fotografias dos atos iniciais dessa obra; e, por fim, *quartus*, da continuidade da posse, do contrário não haveria no BO o registro da promessa do representante da empresa agravada de que interromperia a construção e recolheria o material deixado no imóvel, nem a decisão judicial que, diante da retomada da obra, ordenou sua paralisação até a realização da audiência de justificação.

Presentes, pois, os requisitos do art. 927 do CPC.

Tendo a decisão recorrida autorizado aos réus/agravados a retomada das obras de construção da creche e não tendo sido por mim concedido efeito suspensivo a este agravo de instrumento que a desafia, não se pode descartar a ocorrência da superveniente perda da posse por parte do autor/agravante (há nos autos, inclusive, um "Termo de Recebimento Provisório" datado de 14.06.2011 dando conta da "conclusão dos serviços de fornecimento de mão de obra, materiais e equipamentos para construção da creche" - v. f.193), o que, por força da fungibilidade das ações possessórias e do quanto contido no art. 462 do CPC, não impede a concessão de medida judicial adequada às reais ou efetivas necessidades do possuidor, no caso o autor/agravante.

Permito-me, ainda, algumas outras considerações finais.

Segundo o Município agravado, a área onde pretende construir a creche lhe teria sido doada pela Vale S.A., consoante escritura pública que exibe.

Todavia, aqui reproduzida às f. 92/94-TJ, é fácil perceber que dita escritura, lavrada aos 08.04.2010, se refere a imóvel transcrito

> no CRI da Comarca de Coronel Fabriciano-MG, adquirido por força da transcrição de nº R.14.220-M-55.100 em data de 20.03.1973, do livro 3-0 de Registro Geral da Comarca de Coronel Fabriciano-MG, posteriormente desmembrado dando origem à matrícula 61.157, data 10.03.2010 [...] um Lote s/n da quadra s/n, situado no bairro Mangueiras, em Coronel Fabriciano - MG, com as seguintes confrontações e medidas: frente para Rua Nacional (ex-rua 'G'), medindo 59,50m e 58,60m; lado direito com a Companhia Vale do Rio Doce, medindo 162,40m; lado esquerdo com a Rua 'V', medindo 41,40m e fundos com área pertencente ao Município de Coronel Fabriciano - MG; medindo 47,30m, perfazendo uma área total de 3.166,57m².

Ora, nos termos da Matrícula nº 54.231, de 09.08.1996, do Livro nº 2 do Registro Geral do Registro de Imóveis de Coronel Fabriciano, oriundo do R.4.319 do Livro 3-D, de 30.12.1966, o imóvel cuja posse diz enfaticamente o autor/agravante lhe ter sido turbada (e já possivelmente esbulhada) faz divisa pela frente com a Av. Juscelino Kubitschek (136m), pelo lado direito com a R. Nacional (165m), pelo lado esquerdo com área da CVRD - Companhia Vale do Rio Doce (111m) e pelos fundos com a R. Nacional (26,5m), perfazendo um total de 5.951,50m², tudo conforme sua Av.1-54.231 feita com base em "certidão expedida pela Prefeitura Municipal de Coronel Fabriciano, data de 02 de maio de 1995" (v. f. 133/136-TJ).

Em face das divergências entre os assentos imobiliários (matrículas, divisas, confinantes e área total dos imóveis) e, notadamente, dada a presunção de veracidade inerente aos dados insertos no fólio real, inexorável a conclusão, neste juízo de cognição sumária, de que os agravados deram início à construção da creche em imóvel completamente diverso daquele realmente doado à Municipalidade para tal finalidade.

Força convir, em que pese a relevância pública de uma creche, a finalização de sua construção ao arrepio do ordenamento jurídico vigente tem considerável potencial lesivo, que, considerado o "calote" institucionalizado dos precatórios, será de difícil ou até mesmo de impossível reparação.

Por fim, considerando a concreta possibilidade de que a obra da creche esteja em estado avançado e não sendo completamente descartável eventual fracasso do autor/agravante na demanda originária ou mesmo uma eventual composição das partes, prudente que a pretendida restituição do imóvel ao seu estado anterior aguarde o definitivo desfecho da lide originária.

Isso posto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, assim o fazendo para determinar, até ulterior deliberação judicial, a pronta e imediata paralisação da obra, sob pena de multa diária de R$ 3.000,00 (três mil reais) e até o limite de R$300.000,00 (um pouco acima do preço global previsto para a construção da creche - v. f. 109-TJ), bem como a manutenção ou a reintegração do autor/agravante na posse do imóvel disputado, ficando obstada, até definitiva deliberação judicial, a demolição ou o desfazimento do já eventualmente construído.

Custas recursais pelos litigantes, em partes iguais (1/3 para cada), isento o Município agravado (art. 10, I, Lei nº 14.939/03).

É como voto.

DES. OLIVEIRA FIRMO - De acordo.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Retificação de registro civil - Registro de nascimento de filhos - Casamento ulterior dos pais - Alteração dos sobrenomes - Retificação devida

Ementa: Apelação cível. Ação de retificação de registro civil. Registro de nascimento de filhos. Casamento ulterior dos pais. Alteração dos sobrenomes. Retificação devida. Recurso não provido.

- O registro civil de nascimento, como qualquer registro público, deve espelhar a verdade real como decorrência do princípio da fé pública.

- Comprovado que os genitores dos menores contraíram casamento e tiveram os sobrenomes alterados, revela-se correto o deferimento da retificação dos registros de nascimento dos filhos para correção dos nomes dos pais.

Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu a pretensão inicial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.10.009922-1/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: L.A.J.O., representando os filhos D.A.J.O. e W.G.J.O. - Relator: DES. CAETANO LEVI LOPES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Roney Oliveira, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A REVISORA.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2011. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CAETANO LEVI LOPES - Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Os apelados V.S.O.J. e L.A.J.O. aforaram esta ação de retificação de registro civil de nascimento. Asseveraram que viviam em união estável e geraram os filhos, ainda menores, D.A.J.O. e W.G.J.O. Acrescentaram que contraíram casamento, o varão, que se chamava V.S.O., passou a se chamar V.S.O.J.; ela, que se chamava L.A.J., passou a ter o nome de L.A.J.O. Entendem que os registros de nascimento dos filhos devem ser retificados para que os nomes atuais dos genitores passem a constar dos referidos registros. Pela r. sentença de f. 31/33 a pretensão inicial foi acolhida.

Cumpre perquirir se pode ser promovida a retificação questionada.

Os apelados carrearam alguns vários documentos. Destaco as certidões de nascimento dos dois menores (f. 11/12) e a certidão de casamento dos recorrentes (f. 9). Estes os fatos.

Em relação ao direito, sabe-se que o registro civil, como qualquer registro público, deve espelhar a verdade real em decorrência da fé pública de que é investido. Embora abordando o registro de imóveis, mas que se aplicam, também, ao registro civil de pessoas naturais,

os princípios mencionados têm objetivos distintos, porém convergentes, conforme anota Afrânio de Carvalho na obra *Registro de imóveis*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 167:

> Esses dois princípios têm cada qual seu significado próprio, mas foram amalgamados durante certo tempo no nosso País por uma corrente da doutrina que pretendeu dar ao primeiro, previsto em lei, a eficácia do segundo, omitido nela. Ao passo que o primeiro reforça a eficácia da inscrição, sem a tornar, contudo, saneadora, pois mantém o primado final do direito subjetivo, o segundo abre uma brecha nesse primado ao admitir que a inscrição se torne saneadora relativamente ao terceiro de boa-fé que, confiado nela, adquire o direito. A regra é a tutela do direito subjetivo, ou a segurança jurídica; a exceção é a tutela do terceiro de boa-fé, ou a segurança do comércio.

Não há que se exigir erro. Basta a desconformidade entre os dados do registro e a realidade.

Ora, D. nasceu aos 12.05.1995 (f. 11) e W., em 17.03.2002 (f. 12). Constou que a genitora é L.A.J. Esta casou-se com V.S.O. em 14.09.2007 (f. 9), ou seja, depois do nascimento dos filhos. E ele passou a se chamar V.S.O.J. e ela, L.A.J.O. É fato relevante para a identificação civil dos filhos, e a desconformidade ulteriormente surgida justifica a alteração pretendida.

Portanto, não há como agasalhar a irresignação.

Com esses fundamentos, nego provimento à apelação.

Sem custas.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Peço vênia ao em. Des. Relator para ousar divergir de seu judicioso voto, pelo que passo a discorrer.

Os autores propuseram a presente ação de retificação de registro civil buscando a retificação dos nomes de seus pais, de solteiros para casados, haja vista que o casamento ocorreu após o nascimento.

Como bem observado pelo douto Procurador de Justiça, os assentamentos feitos nos registros públicos observam o princípio da imutabilidade, com o fim de conferir segurança às relações jurídicas através da publicidade das informações sobre o estado das pessoas.

Logo, a alteração do assentamento do registro civil somente é admitida em caráter excepcional e quando devidamente motivada, haja vista que, no caso de se constar informação inverídica, esta não poderá gozar de fé pública.

O art. 54 da Lei nº 6.015/73 dispõe que:

> Art. 54. O assento do nascimento deverá conter:
> [...]
> 7º) Os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal.

Nota-se, da transcrição do artigo, a disposição expressa de que as informações relativas à pessoa dos genitores devem ser aquelas da ocasião do parto. Isso porque, há dados e circunstâncias passíveis de mudança no decorrer do tempo, de modo que a lei primou por respeitar a realidade presente na época da realização do assentamento, já que do contrário, se, a cada modificação advinda em razão da idade, profissão, residência ou estado civil, se buscasse proceder à retificação quanto a estes dados, implicaria uma instabilidade desnecessária do registro de nascimento.

Nesse sentido, segue jurisprudência:

> Retificação de registro de casamento. Nome da mãe. Descabimento. Dados contemporâneos à realização do ato. - É inviável determinar a retificação de registro civil de casamento, para nele constar o nome de casada da mãe da apelante, quando se observa que, na época de sua elaboração, utilizava ela o nome de solteira, decorrente de ação de separação judicial. Os registros de casamento devem reproduzir os dados existentes no momento em que realizados. Nega-se provimento à apelação. (TJMG, AC nº 1.0684.06.500137-3/001 - 4ª Câmara Cível - Rel. Des. Almeida Melo - j. em 31.03.2007.)

Dessa forma, não vislumbro motivos que justifiquem a procedência do pedido de retificação do registro de nascimento, haja vista que não se trata da ocorrência de erro, mas sim de situação nova que sobreveio ao assentamento.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso para reformar a r. sentença e julgar improcedente o pedido inicial.

Custas processuais e recursais, bem como honorários advocatícios, fixados em R$200,00 (duzentos reais), a cargo da parte autora, cuja cobrança fica suspensa por estar litigando sob o pálio da justiça gratuita (art. 12 da Lei 1.060/50).

DES. AFRÂNIO VILELA - Rogando vênia à em. Revisora, Des. Hilda Teixeira da Costa, para acompanhar o voto do em. Relator, Des. Caetano Levi Lopes.

A despeito da previsão do art. 54 da Lei 6.015/73 prever que no registro de nascimento deve constar o nome dos pais à época do parto, tenho que esse regramento não acompanhou a evolução social que hoje se observa nas relações familiares.

Inicialmente, observo que à época da edição da Lei de Registros não era admitido o instituto da união estável e tampouco o preceito constitucional da facilitação de sua conversão em casamento, que somente passou a integrar a legislação brasileira com o advento da Constituição Federal de 1988, que previu em seu art. 226, § 3º:

> Art. 226. [...]
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Dessa forma, as situações fáticas decorrentes desse preceito devem ser privilegiadas, inclusive em relação aos filhos.

Ademais, sabe-se que hoje existe severa fiscalização quanto ao acompanhamento dos menores em viagens estaduais e internacionais, de modo que a discrepância do nome da genitora em seus documentos pessoais com o constante na certidão de nascimento dos filhos poderia gerar dificuldades perante as autoridades, justificando a manutenção da sentença.

É como voto.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDA A REVISORA.

...

Assistência judiciária - Pessoa jurídica - Natureza filantrópica - Insuficiência de recursos - Não comprovação

Ementa: Agravo de instrumento. Justiça gratuita. Pessoa jurídica. Natureza filantrópica. Insuficiência de recursos não comprovada. Indeferimento.

- A pessoa jurídica que pretende obter os benefícios da assistência judiciária deve demonstrar sua insuficiência, ou precariedade de recursos através de balanço patrimonial ou outro documento que o comprove de maneira inequívoca.

- A natureza filantrópica, por si só, não afasta obrigação de arcar com as custas e despesas do processo, por ausência de presunção da insuficiência financeira.

Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.11.018023-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: A.P.E. - Agravado: L.A.E.N. - 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, sob a Presidência da Desembargadora Evangelina Castilho Duarte, 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, 15 de junho de 2011. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de agravo de instrumento contra decisão que, em ação monitória movida em desfavor do agravado, indeferiu os benefícios da assistência judiciária gratuita pleiteados pela agravante.

A agravante alega que não pode arcar com as custas processuais, por ser entidade filantrópica sem fins lucrativos.

Pugna pela concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Requer a concessão do efeito ativo e o provimento do presente agravo.

Em princípio, as pessoas jurídicas estão excluídas da possibilidade de obtenção dos benefícios da justiça gratuita, em decorrência da filosofia da lei de regência.

Porém, estando assegurada pela Constituição Federal a assistência judiciária gratuita àqueles que comprovarem sua insuficiência de recursos, houve abrandamento da interpretação da Lei 1.060/50, para adequá-la à Carta Magna.

Os benefícios da justiça gratuita só serão concedidos à pessoa jurídica quando restar comprovada sua insuficiência de recursos através de balanços ou documentos contábeis.

Para deferimento dos benefícios à pessoa jurídica, é indispensável a prova cabal da impossibilidade de pagamento de despesas processuais, sem prejuízo de sua sobrevivência.

Nesse sentido:

> Enquanto para as pessoas naturais basta a declaração de pobreza firmada pelo requerente sob as penas da lei, a qual goza de presunção *juris tantum* de veracidade, nos termos do artigo 4º da Lei 1.060/50, aludida presunção não socorre as pessoas jurídicas, incumbindo-lhes o ônus de comprovar a sua hipossuficiência econômica, para que lhes possam ser deferidos os benefícios advindos da assistência judiciária (TAMG - AI nº 417.705-9 - 5ª Câmara Cível - Relator: Juiz Elias Camilo - j. em 11.09.2003).

É, ainda, a lição de Araken de Assis:

> As considerações desenvolvidas a respeito da necessidade econômica, a presidir o conceito de necessitado no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50, sugerem que as pessoas jurídicas se apresentem como dignas da gratuidade.
> Com efeito, também a pessoa jurídica pode se encontrar na contingência de o atendimento às despesas do processo implicar prejuízo às atividades.
> [...]
> Configurada a impossibilidade de a pessoa jurídica arcar com as despesas do processo, negar-lhe a gratuidade implicaria lesão ao acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), motivo por que as deficiências da noção de necessitado (art. 2º, parágrafo único, da Lei 1.060/50), ou a deliberada limitação do diploma infraconstitucional, jamais constituirão óbice real e suficiente, pois definições legais não se sobrepõem às regras

da Constituição (*Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 21).

Embora se trate de entidade filantrópica sem fins lucrativos, a agravante não está desobrigada do pagamento de custas e despesas do processo, visto que a natureza filantrópica não faz supor a insuficiência financeira, objeto específico tutelado pela Lei 1.060/50 e requisito essencial para concessão das benesses da justiça gratuita.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Tribunal:

> Agravo de instrumento. Execução fiscal. Embargos do devedor. Pedido de gratuidade judiciária. Entidade filantrópica e de caráter beneficente. Certificados vencidos. Ausência de comprovação de hipossuficiência. - O simples fato de ser entidade filantrópica não confere à agravante o direito de litigar sob o pálio da assistência judiciária, quando não comprovada sua precariedade econômico-financeira, cabendo ao juiz, a partir dos elementos trazidos aos autos, formar seu livre convencimento acerca da pobreza alegada, de maneira a conceder, ou não, o benefício. 'O requisito essencial para a concessão da justiça gratuita à pessoa jurídica é a comprovação de sua hipossuficiência econômico-financeira e, sendo entidade filantrópica, certificado devidamente atualizado. - Inexistente tal prova, impossível conceder as benesses da assistência judiciária à pessoa jurídica' (TJMG/Agravo nº 1.0024.05.757381-8/001 - Relator: Desembargador Gouvêa Rios, 1ª Câmara Cível, unân, j. em 08.11.2005).

De igual modo decide o colendo STJ:

> Processual civil. Assistência judiciária gratuita. Pessoa jurídica. Entidade filantrópica sem fins lucrativos. Alegação de dificuldade financeira não comprovada. Não concessão do benefício.
> 1. O benefício de assistência judiciária gratuita, tal como disciplinado na Lei 1.060/50, destina-se essencialmente a pessoas físicas.
> 2. 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 todos as hipóteses, é indispensável a comprovação da situação de necessidade.
> 3.Recurso especial a que se dá provimento (STJ, REsp 690482/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, *DJ* de 07.03.2005, p. 169).

Logo, não sendo suficientes os documentos apresentados pela agravante para comprovar sua hipossuficiência financeira, não se lhe podem conceder os benefícios pretendidos.

Não estão presentes, pois, os requisitos para reforma da decisão recorrida.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento apresentado por A.P.E, mantendo íntegra a r. decisão recorrida e revogando o efeito suspensivo antes deferido.

Custas recursais, pela agravante.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ROGÉRIO MEDEIROS e ESTEVÃO LUCCHESI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Embargos de terceiro - Contrato particular de permuta de imóvel - Registro de imóveis - Ausência - Irrelevância - Fraude inexistente - Penhora - Desconstituição - Ônus de sucumbência - Custas processuais - Honorários advocatícios - Condenação - Não cabimento - Litigância de má-fé - Requisitos - Não configuração

Ementa: Apelação cível. Embargos de terceiro. Contrato particular de permuta de imóveis. Ausência de registro imobiliário. Irrelevância. Fraude inexistente. Penhora. Desconstituição. Ônus sucumbenciais. Custas processuais e honorários advocatícios. Condenação. Não cabimento. Litigância de má-fé. Requisitos não configurados. Recurso desprovido.

- Vislumbrando, que, nos presentes embargos de terceiro, foi a embargante quem deu causa à constrição indevida, deve esta arcar com as custas processuais, devendo, ainda, a embargada não sofrer condenação em honorários advocatícios.

- No que tange à condenação do executado por litigância de má-fé, tenho que incabível, uma vez que não se encontra caracterizada, nos autos, a prática desse ato, e tal pena só deve ser aplicada quando se vislumbrar o abuso ou atentado contra a dignidade da justiça, o que não ocorreu.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0878.09.020227-5/001 - Comarca de Camanducaia - Apelante: A.C.S. - Apelada: Eletrônica N.L. - 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, sob a Presidência da Desembargadora Evangelina Castilho Duarte, 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, 15 de junho de 2011. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA – A.C.S. interpôs os presentes embargos de terceiro em face de Eletrônica N.L., visando desconstituir penhora realizada nos autos da ação de execução movida pela embargada apelada em face de Juscelino Ferreira da Rosa (Proc. nº 0878.03.000848-5).

Afirmou a embargante apelante que o imóvel levado à constrição e sobre o qual se acha edificada uma casa de morada, por força de instrumento particular de permuta de imóveis, pertence e está na posse mansa e pacífica da embargante desde 30.09.2005, requerendo, pois, a desconstituição da constrição do bem e a expedição do mandado de edificação de manutenção de posse e a procedência da presente ação.

O douto Juízo monocrático, em seu *decisum*, às f. 70 a 72-v., julgou procedente o pedido inicial, ficando desconstituída a penhora recaída sobre o imóvel, objeto da demanda, descrito na inicial.

Contudo, o d. Juiz singular não condenou a embargada em honorários, tendo em vista não ter dado causa ao litígio, visto a ausência de registro da propriedade, ficando as custas processuais a cargo da parte embargante, cuja cobrança restou suspensa, tendo em vista litigar sob os auspícios da gratuidade judiciária.

Irresignada, a embargante apelou pelas razões de f. 74/79, afirmando que, diante do reconhecimento da pertinência da presente demanda, não há como deixar de condenar os embargados ao pagamento das custas processuais e verba honorária nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Ainda, pugnou pela condenação do embargado Juscelino F. da Rosa nas penas de litigância de má-fé.

Em contrarrazões, a apelada Eletrônica N.L. defendeu a manutenção da sentença hostilizada (f. 80/84).

Recurso próprio, tempestivo, regularmente processado e ausente de preparo por litigar a apelante sob os auspícios da gratuidade judiciária, razões pelas quais dele conheço.

Da detida análise das razões recursais, verifico que a insurgência da apelante embargante se cinge à não condenação da parte embargada nas verbas sucumbenciais, mormente aos honorários advocatícios.

Ainda, pugnou pela condenação do executado, Juscelino Ferreira da Rosa, nas penas de litigância de má-fé.

Ao exame dos autos, verifica-se que, na ação de execução movida contra Juscelino Ferreira Rosa, veio a lume a penhora de bem objeto de permuta entre o executado e a embargante apelante.

Nota-se, contudo, que, da documentação acostada com a inicial, o bem penhorado nos autos da execução foi objeto de permuta entre o executado e a embargante.

Ressalte-se que a ausência do registro da permuta/compromisso de compra e venda no momento da penhora possibilita a defesa da posse, de modo que os embargos de terceiros podem ser opostos com base em tal prova, diante dos dizeres da Súmula nº 84 do STJ, que assim se expressa:

> É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

Está assente:

> Embargos de terceiro. Promessa de compra e venda não registrada. - O promitente comprador, imitido na posse, poderá defendê-la pela via dos embargos de terceiro (STJ - RE 90/0008081-9, 04.12.90 - Relator Ministro Eduardo Ribeiro - *Jurisprudência Informatizada Saraiva* nº 6).

> Processual civil. Embargos de terceiro. Contrato de promessa de compra e venda não inscrito no Registro de Imóvel. Posse. Penhora. Execução. Art. 1.046 do CPC. - I. Inexistente fraude, encontrando-se o recorrido na posse mansa e pacífica do imóvel desde 1979, está legitimado, na qualidade de possuidor, a opor embargos de terceiro, com base em contrato de compra e venda não inscrito no Registro de Imóvel [...] (STJ - RE 91/0001042-1 - Julgamento: 20.03.91 - Relator Ministro Waldemar Zveiter - *Jurisprudência Informatizada Saraiva* nº 6).

> O comprador, por escritura pública não registrada, devidamente imitido na posse do imóvel, pode opor embargos de terceiro, para impedir penhora promovida por credor do vendedor (*RSTJ* 48/152) (NEGRÃO, Theotônio. *CPC e Legislação Processual em vigor*. 279. ed. São Paulo: Saraiva, p. 629, nota 12 ao art. 1.046 do CPC).

Dessarte, se a embargante não efetivou no cartório imobiliário o registro da aquisição do imóvel, deixou de tornar pública a sua propriedade sobre ele.

E, em relação à condenação quanto aos honorários advocatícios, segundo lição de Yussef Said Cahali, tem-se que:

> se a penhora somente ocorreu porque o compromissário comprador não procedeu ao respectivo registro imobiliário, fazendo com que o exequente fosse levado a equívoco ao requerê-la com base no registro imobiliário ainda em nome do devedor executado, nada justifica seja o embargante beneficiado com honorários em razão de uma lide a que ele próprio deu causa (*Honorários advocatícios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 584).

Da jurisprudência, colhe-se:

> Não são, porém, devidos os honorários pelo credor exequente ao embargante, se a penhora ocorreu por fato imputável ao próprio embargante (*JTJ* 159/67).

> Entendendo indevidos os honorários, se não houve culpa do embargado: Pedro Madalena, em *RT* 517/245, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, Theotônio Negrão, Editora Saraiva, 29. ed., p. 97-98, nota 26 ao art. 20; Mas: 'se os lotes indicados à penhora achavam-se inscritos no Registro de Imóveis em nome da empresa executada, não dando o embargado, pois, causa de modo objetivamente injurídico aos embargos, devendo-se antes a constrição à desídia do embargante, que não diligenciou a transcrição dos títulos, não lhe (nota nossa: o 'lhe' refere-se ao embargado) podem ser impostos os ônus sucumbenciais. A justificativa do princípio da sucumbência está na causalidade' (STJ - REsp nº 70.401-0/RS - Relator Ministro Costa Leite - *RSTJ* 76/300).

No mesmo sentido: STJ, 3ª Turma, REsp nº 19.319-0/SP, Relator Ministro Waldemar Zveiter, *DJU* de 22.06.92, *RT* 668/206; e, ainda, TAMG, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 226.756-1/Paraguaçu, cuja ementa ficou assim:

> O terceiro deve arcar com os ônus da sucumbência, naquela situação em que dá causa à constrição e aos próprios embargos, em face de injustificada demora no registro do título decorrente da aquisição do bem penhorado.

É exatamente o que ocorreu nos autos. O termo particular de f. 19/22, anterior à execução, não foi levado a registro, faltando-lhe a devida publicidade, motivo pelo qual, a princípio, não poderia a embargada ter ciência sobre a real situação do bem.

E, dessa forma, vislumbrando que, nos presentes embargos de terceiro, foi a embargante quem deu causa à constrição indevida, deve esta arcar com as custas processuais, devendo, ainda, não sofrer a embargada condenação em honorários advocatícios.

Nesse mesmo sentido, o Desembargador Dídimo Inocêncio de Paula ratifica:

> Pacificou-se na jurisprudência do STJ que não deve sofrer condenação em honorários de sucumbência o exequente que fez incidir penhora sobre imóvel transferido a terceiro mediante compromisso de compra e venda não registrado. - É de se imputar ao terceiro embargante o pagamento das custas processuais porque deixou de dar publicidade à aquisição do imóvel, fazendo-se necessária a oposição dos embargos, mormente quando os apelados não se opõem à sua pretensão, reconhecendo a procedência do pedido (TJMG - Apelação Cível nº 2.0000.00.485698-2/000 - Publicado em 1º.07.2005).

Assim, não vislumbro razões para reformar a sentença singular, a qual julgou procedente o pedido inicial, ficando desconstituída a penhora recaída sobre o imóvel e, contudo, não condenou a embargada em honorários, tendo em vista não ter dado causa ao litígio, visto a ausência de registro da propriedade, ficando as custas processuais a cargo da parte embargante, cuja cobrança restou suspensa, tendo em vista litigar sob os auspícios da gratuidade judiciária.

Por fim, no que tange ao pedido da apelante na condenação do executado por litigância de má-fé, tenho que incabível tal condenação, uma vez que não se encontra caracterizada nos autos a prática desse ato, e tal pena só deve ser aplicada quando se vislumbrar abuso ou atentado contra a dignidade da justiça.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo integra a r. sentença de primeiro grau.

Custas recursais, pela apelante, suspensa a sua exigibilidade, tendo em vista a gratuidade judiciária deferida à parte apelante.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ROGÉRIO MEDEIROS e ESTEVÃO LUCCHESI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Bem público - Doação com encargo - Finalidade do uso do bem - Inobservância - Revogação da doação - Cancelamento de registro imobiliário - Cumulação de ações - Indenização pelas benfeitorias e investimentos vultosos realizados pela donatária - Inviabilidade no caso específico

Ementa: Administrativo. Imóvel público. Doação com encargo. Inobservância da finalidade do uso do bem. Revogação c/c cancelamento de registro imobiliário. Possibilidade. Indenização pelas benfeitorias e investimentos vultosos realizados pela donatária. Inviabilidade, no caso específico. Pedidos julgados procedentes. Sentença mantida. Recurso desprovido.

- Se a donatária descumpre quaisquer das condições impostas quando da doação, desvirtuando a verdadeira finalidade na utilização do imóvel, locando-o, *v. g.*, a terceiros, impede a Municipalidade de dar ao imóvel a destinação que o bem da coletividade exige, justificando, assim, a reversão do imóvel ao patrimônio público.
- O julgado deve se limitar aos pedidos iniciais, quais sejam a revogação da doação e o cancelamento de registro imobiliário, ressaindo inviável, portanto, no caso específico, a análise do pedido de indenização, formulado pela requerida, em relação às benfeitorias e aos investimentos vultosos realizados junto ao imóvel doado, diante da ausência de reconvenção e de análise pelo Juízo singular, sob pena de se incorrer em supressão de instância.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0011.08.020522-9/002 em conexão com 1.0011.08.020523-7/001 - Comarca de Aimorés - Apelante: V.R.L.L. - Apelado: Município de Aimorés - Relator: DES. ELIAS CAMILO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Kildare Carvalho, 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 abril de 2011. - *Elias Camilo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELIAS CAMILO - Trata-se de recurso de apelação em face da sentença de f. 238/244, que, nos autos da "ação de revogação de doação c/c cancelamento de registro imobiliário" movida pelo Município de Aimorés, em face de V.R.L.L., julgou procedente o pedido para declarar revogada a doação efetivada pelo Município, ora apelado, em favor da sociedade empresária, aqui apelante, com a condenação da requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento), do valor atribuído à causa.

Nas razões recursais de f. 246/270, sustenta a apelante, em suma, que a legitimidade da doação é incontroversa pelo registro imobiliário correspondente e, inclusive, por certidões expedidas pelo próprio Município de Aimorés, aqui apelado.

Aduz que cumpriu todas as exigências insertas na Lei Municipal nº 1.578/98, conforme certificações conferidas pelo próprio Município, de modo que operada a propriedade plena a seu favor, ressaindo inócua, portanto, a intenção de retomada do terreno.

Ressalta, também, o implemento das condições legais para a consecução da propriedade plena, apresentando-se como ato jurídico perfeito e acabado, não se admitindo, nesse particular, a aplicação da Lei Municipal nº 1.915/07, porquanto posterior à consumação da propriedade plena.

Sustenta a inocorrência de desvio de finalidade quanto ao imóvel doado, restando descaracterizada a locação, uma vez que jamais poderia configurar modalidade de exploração econômica, pautando-se por valor irrisório/simbólico. Para tanto, aduz que não seria fadado a quaisquer empresas promover o investimento da ordem de quase R$3.500.000,00 (três milhões e meio de reais) para promover a locação do imóvel em questão por 1 (um) salário mínimo.

Assevera a inobservância do devido processo legal, existência de arbitrariedades e, por conseguinte, nulidade do Decreto nº 001/2007, porquanto não foi instaurado, como deveria, processo administrativo para fins de retomada do imóvel doado, sem falar que referido decreto foi expedido antes da entrada em vigor da Lei Municipal nº 1.915/2007, que dispõe sobre o Distrito Empresarial do Município de Aimorés e dá outras providências.

Aborda, ainda, a desproporção entre os investimentos patrocinados pela apelante e a intenção premente do Município na retomada do terreno, incidindo-se penalidade mais severa, quando o producente seria o oferecimento de condições de incentivo às atividades.

Aduz quanto à impossibilidade material de recuperação dos investimentos, de modo que absurda a proposição de retomada do terreno, incorporando-se as benfeitorias que não puderem ser retiradas, hipótese que configura o enriquecimento ilícito da Administração Pública, em detrimento de particular, vedado pelo ordenamento jurídico.

Alega que a retomada do imóvel se contrapõe ao interesse público, haja vista que o incremento das atividades no "Distrito Industrial de Aimorés" seria a proposição mais acertada, concedendo-se a oportunidade de incentivo às empresas ali instaladas.

Sustenta que o digno Magistrado singular deixou de contemplar a certidão, por ela, trazida aos autos, dando conta de que as condições insertas na escritura pública haviam sido cumpridas, o que, imediatamente, a desoneraria de quaisquer outros encargos.

Por derradeiro, sustenta que a sentença recorrida, inexplicavelmente, não observou a conclusão do laudo pericial elaborado por perito nomeado pelo próprio Juízo, laudo este que ratifica a tese apresentada em sede de contestação.

Pugna, então, pelo provimento do recurso para, reformando a r. sentença, julgar improcedentes todos os pedidos formulados na exordial, invertendo-se, por via de consequência, os ônus sucumbenciais.

Recebido o recurso no duplo efeito, o apelado ofertou suas contrarrazões de f. 273/280, em infirmação óbvia.

Desnecessária a intervenção da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso porque próprio, tempestivo e regularmente processado.

Passo à decisão.

Consta dos autos que, em 30.04.1998, entrou em vigor a Lei Municipal nº 1.578, que dispõe sobre a criação do Distrito Industrial no Município de Aimorés.

Em 04.06.2004 realizou-se a doação do lote nº 03, da Quadra 11, do Distrito Industrial em favor da empresa V.R.L.L., aqui apelante. Confira-se, pois, a "escritura pública de doação" de f. 23/24.

Reza o art. 3º da Lei Municipal nº 1.578/98, *litteris*:

> Art. 3º Fica estabelecido o prazo de 02 anos após a escritura de doação, para que o donatário se estabeleça, conforme projeto aprovado pelo Executivo e inicie suas atividades.

> Parágrafo único. Caso não seja atendido o prazo estabelecido no *caput* deste artigo, o donatário terá 90 (noventa) dias para retirar seus investimentos, caso contrário, os investimentos ali existentes reverterão, junto com o terreno, ao Patrimônio Público Municipal (f. 08).

Por sua vez, extrai-se da aludida escritura pública:

> Cláusula Segunda - Em decorrência da presente doação o Outorgante perante ao(a) Outorgado(a) donatário(a) transfere-lhe toda a posse, domínio, direito e ação que possui sobre o imóvel objeto da presente doação que passa doravante, à plena propriedade do(a) Outorgado(a) Donatário(a), que dele deverá no prazo de 02 (dois) anos após a data desta, se estabelecer na instalação de empresa para a formação do aludido Distrito Industrial (f. 23).

Nos termos da lei e escritura pública, retrocitadas, expressamente foi prevista a revogação da doação em caso de não cumprimento da finalidade da cessão, com a utilização produtiva do imóvel, instalando-se empresa junto ao Distrito Industrial no Município de Aimorés. Além da doutrina destacada pelo digno Juiz de primeiro grau, é cediço que a Administração Pública pode doar bens públicos, desde que os fins da doação convirjam para o interesse da coletividade. Nessa esteira, aliás, não é excesso de zelo trazer das lições de Hely Lopes Meirelles:

> A administração pode fazer doações de bens móveis ou imóveis desafetados do uso público, e comumente o faz para incentivar construções e atividades particulares de interesse coletivo. Essas doações podem ser com ou sem encargos e em qualquer caso independem de lei autorizadora, que estabeleça as condições para sua efetivação, de prévia avaliação do bem a ser doado e de licitação. Só excepcionalmente poder-se-á promover concorrência para doações com encargos, a fim de escolher-se o donatário que proponha cumpri-los em melhores condições para a Administração ou para a comunidade. Em toda doação com encargo é necessária a cláusula de reversão para a eventualidade do seu descumprimento (*Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 545).

Postas tais considerações, restou incontroverso nos autos que não há, no local, qualquer atividade industrial, fato este, aliás, que nem sequer foi negado pela apelante, sendo que as assertivas lançadas no apelo não encontram guarida na prova trazida aos autos, que autoriza a revogação da doação e o correspondente cancelamento do registro imobiliário, revertendo-se, assim, a propriedade do imóvel ao Município de Aimorés, com esteio no art. 555 do Código Civil, ao dispor que "a doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo".

Enfim, a possibilidade de reversão da doação, nos casos de descumprimento do encargo, encontra respaldo na jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça, já pacificada quanto ao tema:

> Ação anulatória de ato jurídico - Doação - Encargo - Bem público - Não utilização para os fins que justificaram a doação - Revogação (TJMG, 4ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0011.08.020416-4/001, Relator Des. Audebert Delage, acórdão de 02.07.2009, publicação de 14.07.2009).

> Apelação cível - Ação de anulação de escritura pública e registro - Doação com encargos - Descumprimento - Reversão e restituição do imóvel - Cerceamento de defesa - Inocorrência. - Nos termos da lei de regência civil, o donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral. Dessarte, havendo encargo de construção de obra (estádio de futebol) para a perfectibilização da doação feita, não cumprido pelo donatário, é de rigor a reversão da doação realizada. Não há que se falar em prescrição do direito de ação para desfazer a doação e reaver o imóvel, pois tal prazo nem sequer começou a escoar (TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0073.02.008891-7/001, Relator Des. Célio César Paduani, acórdão de 10.02.2004, publicação de 05.03.2004.)

> Ação de reversão de imóvel - Doação de bem público - Encargo - Não atendimento - Reversão ao Município. - A reversão de imóvel doado ao patrimônio da municipalidade, é imperativo legal que não pode ser descumprido pelo chefe do executivo, por ser ato vinculado às condições que ensejaram a doação. Em reexame necessário reforma-se a sentença. Prejudicado o recurso de apelação (TJMG, 7ª Câmara Cível, Reexame Necessário e Apelação nº 1.0000.00.342992-5/000, Relator Des. Antônio Carlos Cruvinel, acórdão de 16.12.2003, publicação de 11.03.2004).

Se a apelante donatária deixou de atender às finalidades impostas pelo Município no ato da doação do imóvel, seja deixando de realizar suas atividades de utilidade pública justificadoras do ato de doação, seja locando o bem doado a terceiros, através de contrato de locação, desvinculando-se, assim, do interesse público direto, sem demonstrar, inclusive, que a eventual renda do contrato de locação, ainda que mínima, reverter-se-ia às atividades essenciais da instituição, privando a Municipalidade de dar ao imóvel a destinação que o bem da coletividade exige, evidencia-se o desvio de finalidade a justificar a reversão do imóvel ao patrimônio público, frise-se.

Verifica-se, à evidência, que o digno Julgador monocrático decidiu a lide com esteio em ato jurídico perfeito e acabado, e, contrariamente ao que foi alegado pela apelante, não se aplicou a Lei Municipal nº 1.915/07, que dispõe sobre o Distrito Empresarial de Aimorés, sim a Lei Municipal nº 1.578/98, fundamento da peça de ingresso.

Aborda, ainda, a apelante, a desproporção entre os investimentos por ela patrocinados e a intenção do Município apelado na retomada do terreno, incidindo-se penalidade mais severa, quando o producente seria o oferecimento de condições de incentivo às atividades. Aduz a impossibilidade material de recuperação dos

investimentos, de modo que absurda a proposição de retomada do terreno, incorporando-se as benfeitorias que não puderem ser retiradas, hipótese que configura o enriquecimento ilícito da Administração Pública, em detrimento de particular, vedado pelo ordenamento jurídico.

Sem qualquer parcela de razão, *suma venia*, porquanto o julgado deve se limitar aos pedidos iniciais, quais sejam a revogação da doação e o cancelamento de registro imobiliário, ressaindo inviável, portanto, no caso específico, a análise do pedido de indenização, formulado pela requerida, em relação às benfeitorias e aos investimentos vultosos realizados junto ao imóvel doado, diante da ausência de reconvenção, conforme ressaltou, com propriedade, o digno Magistrado singular, que, aqui, ouso referendar, e de sua própria análise, junto àquela instância primeva, sob pena de se incorrer em supressão de instância. Enfim, uma eventual indenização deverá se dar em sede própria, com ampla dilação probatória, ao viso de expungir sobre a complexa questão pertinente à indenização.

Com tais considerações, rogando vênia, nego provimento ao recurso, mantendo-se incólume a r. sentença vergastada, por seus e por estes fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES KILDARE CARVALHO e ALBERGARIA COSTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Agravo de instrumento - Execução de título judicial - Fundação de direito privado - Recursos públicos para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social - Art. 649, IX, do CPC - Não comprovação - Penhora - Possibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Execução de sentença. Fundação de direito privado. Recursos públicos para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social. Art. 649, IX, do CPC. Não comprovação. Penhora. Possibilidade.

- Inexistindo qualquer prova nos autos de que os valores bloqueados sejam provenientes de fonte exclusivamente pública e de que a verba em questão seja fruto de repasse de recursos públicos destinados à aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social, nos termos do art. 649, IX, do CPC, não há que se falar em impenhorabilidade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.98.136992-9/002 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: F.A.S.I. - Agravado: Ary Esthepherson Poubel - Relator: DES. VALDEZ LEITE MACHADO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Valdez Leite Machado, 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, 2 de junho de 2011. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuida-se de agravo de instrumento aviado por F.A.S.I. contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte em uma execução em que contende com Ary Esthepherson Poubel.

Alegou a agravante em resumo, que interpôs o presente recurso pretendendo ver modificada decisão que reconheceu parcialmente a existência de excesso de penhora, reduzindo a penhora Bacen-Jud para o montante de R$376.865,10.

Ressaltou que não pode prosperar a decisão, pois a F.A.S.I. constitui fundação assistencial sem fins lucrativos, sendo impenhoráveis seus recursos, já que são destinados exclusivamente ao custeio da rede conveniada. Disse que a execução deve ser realizada do modo menos gravoso para o devedor. Sustentou que houve afronta aos ditames do art. 649, IX, do CPC. Asseverou que a multa diária que deu origem à execução de sentença foi fixada em valor exorbitante, o que configura o enriquecimento sem causa do agravado.

Entendendo presentes os requisitos legais, pugnou pela concessão de efeito suspensivo, e ao final, pelo provimento do recurso, reformando-se a decisão agravada, para que seja declarada a impenhorabilidade das quantias existentes em suas contas, ou então, pela redução do valor das *astreintes*.

À f. 73-TJ, o recurso foi admitido, já que presentes os requisitos legais, porém, negada a concessão de efeito suspensivo. Após, foram requisitadas informações ao il. subscritor da decisão recorrida e intimada a parte agravada para responder ao presente recurso.

A parte agravada, devidamente intimada, apresentou contraminuta às f. 78/87, requerendo a reunião do presente agravo ao recurso de nº 1.0024.98.136992-9/001. No mérito, bateu-se pela manutenção da decisão agravada.

O MM. Juiz singular prestou informações à f. 104-TJ, noticiando que a agravante cumpriu o disposto no art. 526 do CPC, e, no mais, manteve a decisão agravada.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Inicialmente, verifico que o agravado requereu a reunião do presente recurso ao Agravo de Instrumento nº 1.0024.98.136992-9/001, entretanto, tal não se mostra possível, visto que já houve julgamento daquele recurso.

Adentrando o mérito, observo que a agravante interpôs o presente recurso pretendendo ver modificada decisão que reconheceu parcialmente a existência de excesso de penhora, reduzindo a penhora Bacen-Jud para o montante de R$376.865,10.

Em suas razões recursais, afirma que os valores objeto da penhora não seriam passíveis de constrição judicial por se tratar de recursos públicos destinados exclusivamente ao custeio da rede conveniada.

Contudo, não existe qualquer prova nos autos de que os valores bloqueados sejam provenientes de fonte exclusivamente pública e de que a verba em questão seja fruto de repasse de recursos públicos destinados à aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social, nos termos do art. 649, IX, do CPC.

A esse respeito, reporto-me a trecho da decisão agravada:

> Relativamente à impenhorabilidade, razão não assiste à executada, uma vez que se trata de pessoa jurídica de direito privado, cujos recursos não são públicos, mas sim contribuições descontadas de seus beneficiários, servidores do Incra (f. 56-TJ).

Vale lembrar, que a impenhorabilidade é exceção à regra, de forma que deverão restar efetivamente demonstradas as condições exigidas para que então seja reconhecida.

Assim, não há como reconhecer que a penhora dos valores existentes nas contas da Fassincra integre exclusivamente o benefício recebido pela entidade de pessoas jurídicas de direito público.

A título de ilustração:

> Ementa: Agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Incidente de impenhorabilidade desacolhido. Manutenção do *decisum*. Art. 649, inciso IX, do CPC. Inaplicabilidade. Sociedade hospitalar que sobrevive de rendas públicas e privadas. Ausente comprovação de que os valores bloqueados sejam provenientes de fonte exclusivamente pública. Agravo de instrumento desprovido (TJRS, AI nº 70025511270, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, j. em 25.09.2008).

Ademais, ressalta-se que o fato de a agravante ser entidade filantrópica não enseja a impenhorabilidade de seus recursos financeiros.

Nesse sentido, é o teor da Orientação Jurisprudencial nº 06, adotada em julgamento recente pela 2ª Turma do TRT-MG, ao negar provimento a agravo de petição, mantendo a penhora efetuada sobre créditos da entidade filantrópica reclamada.

Por fim, no que tange ao pedido para redução do valor da multa diária que deu origem à execução, registro que ficou prejudicada a análise de tal questão, por já ter sido analisada quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0024.98.136992-9/001, em que também atuei como Relator, restando decidido pela redução de ofício das *astreintes*:

> Agravo de instrumento. Execução de sentença. Obrigação de fazer. Multa diária. Redução do *quantum* fixado. Razoabilidade e proporcionalidade. - A multa diária tem a finalidade de obter o efetivo resultado da tutela jurisdicional, podendo ser aplicada ou modificada a pedido da parte ou de ofício pelo juiz, a teor do art. 461, §§4º e 6º, do CPC. Embora as *astreintes* possam ser fixadas em valores altos, não pode o julgador se distanciar do princípio constitucional da razoabilidade e proporcionalidade, devendo, ainda, evitar possível enriquecimento da parte que vier a se tornar credora. -V.v. - Visto que o valor das *astreintes* não se mostra condizente com o conteúdo econômico da demanda principal, ensejando enriquecimento ilícito do agravante, sendo certo que a manutenção do valor estimado sem uma limitação acarretará a violação do princípio da proporcionalidade, que deve reger a fixação e posterior execução das *astreintes*, se torna necessária a sua redução para R$35.000,00 (TJMG, AI nº 1.0024.98.136992-9/001, 14ª Câmara Cível, j. em 23.09.2010).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela agravante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANGELINA CASTILHO DUARTE e ROGÉRIO MEDEIROS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Mandado de segurança preventivo - Cooperativa de crédito - Natureza jurídica - Instituição financeira - Taxa de expedição de alvará de localização - Exigência - Previsão legal - Inocorrência de direito líquido e certo a pagamento no mesmo valor pago por outras cooperativas

Ementa: Mandado de segurança preventivo. Cooperativa de crédito. Natureza jurídica. Taxa de expedição do alvará de localização.

- Embora seja vedado às cooperativas de crédito o uso da expressão "banco", como determina o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 5.764/71, possuem elas natureza

jurídica de instituições financeiras. Tanto que, para o seu funcionamento, dependem de autorização do Banco Central do Brasil, além de se sujeitarem às regras do Conselho Monetário Nacional, consubstanciando-se em verdadeiras sociedades de crédito.

- Comprovada a natureza jurídica da impetrante, equiparada às instituições financeiras e, como tal, com a prerrogativa de usufruir dos seus benefícios, não há direito líquido e certo a ser amparado pelo mandado de segurança, uma vez que previsto legalmente (no Código Tributário Municipal) o valor da taxa de expedição do alvará de localização que lhe é exigida.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0384.05.040818-4/002 - Comarca de Leopoldina - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Leopoldina - Autora: C.E.C.M.C.C.V.C. - Ré: Fazenda Pública Município de Leopoldina - Autoridade coatora: Secretário Municipal da Fazenda de Leopoldina - Relator: DES. WANDER MAROTTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Wander Marotta, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2011. - *Wander Marotta* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDER MAROTTA - Conheço da remessa oficial.

C.E.C.M.C.C.V.C. impetrou mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, contra ato do Secretário Municipal da Fazenda de Leopoldina, visando a que lhe seja reconhecido o direito líquido e certo à expedição de alvará de funcionamento e localização relativo a 2005 e anos subsequentes, mediante o pagamento do mesmo valor cobrado das demais Cooperativas, como a dos Produtores de Leite de Leopoldina - Lac, Unicred, Unimed e Uniodonto, que recolhem ao cofre municipal a taxa anual para a obtenção do referido alvará no importe de R$248,00. Salienta que lhe é cobrada a taxa de R$2.553,37, como a que se cobra dos bancos, de natureza jurídica diversa da impetrante, estando mal-enquadrada.

Contra a r. decisão que deferiu parcialmente a liminar para determinar que a autoridade impetrada fornecesse o alvará de localização de funcionamento da impetrante relativo ao ano de 2006, mediante o seu enquadramento como cooperativa e pagamento da taxa devida como tal, o Município de Leopoldina interpôs agravo de instrumento convertido em retido (autos em apenso).

Informações da autoridade impetrada arguindo a ausência de prova quanto ao direito líquido e certo pleiteado, motivo pelo qual a liminar deve ser revogada e denegada a segurança. No mérito, sustenta que "as cooperativas de crédito são instituições financeiras, submetendo-se aos efeitos da legislação em vigor que lhes são aplicáveis".

Às f. 99/103, manifestou-se o Ministério Público pela concessão da ordem.

A sentença concedeu a segurança para reconhecer à impetrante o direito de funcionar e receber o alvará de funcionamento e localização mediante pagamento das taxas devidas pelas cooperativas. Condenou o vencido ao pagamento das custas e honorários arbitrados em 10% sobre o valor da causa (f. 112/117).

Vieram os autos a este Tribunal em reexame necessário.

Às f. 138/140, determinei a remessa dos autos à origem para que o digno Magistrado procedesse à indispensável intimação na pessoa do representante do Município, na forma do art. 13 da Lei 12.016, de 2009.

Regularmente intimado, o representante do Município não se manifestou.

Vieram os autos a este Tribunal em reexame necessário.

O mandado de segurança tem por objetivo proteger direito subjetivo individual, líquido e certo, que deve ser comprovado documentalmente e de plano. No caso, a impetrante pretende que se lhe reconheça o direito líquido e certo de efetuar o pagamento da taxa para expedição do alvará de localização no mesmo valor pago por outras cooperativas, tais como a Cooperativa dos Produtores de Leite de Leopoldina - Lac, Unicred, Unimed e Uniodonto.

É certo que, em tese, por sua natureza abstrata e genérica, direcionada a todos os indivíduos, a lei, ato emanado do Poder Legislativo, não se submete a controle na via mandado de segurança e não lesa, por si só, direitos individuais, não se podendo falar em conflito de interesses hábil ao acionamento do Judiciário. Sem conflito concreto de interesses, não há lesão de direito subjetivo, pressuposto essencial à prestação jurisdicional.

Esta, inclusive, é a regra geral, consubstanciada na Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal:

"Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

A realidade demonstra, entretanto, que, muitas vezes, o juiz depara com situações em que os direitos dos indivíduos são flagrantemente violados por atos normativos, contra os quais somente podem agir através do mandado de segurança.

Segundo o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, manifestado no artigo "O mandado de segurança preventivo e a lei em tese" (in *Mandado de segurança e de injunção*. Editora Saraiva, 1990, p. 296):

> A imunidade dos atos legislativos ao controle do mandado de segurança tem, no entanto, sofrido duas exceções, segundo a doutrina e a jurisprudência:
> a) as leis e decretos de efeitos concretos, porque, embora sob a forma de estatutos normativos, são na realidade atos administrativos nos seus resultados (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, cit., n. 5, p. 15); e
> b) as leis auto-aplicáveis, porque, embora de caráter geral, produzem desde logo eficácia concreta no relacionamento das pessoas sobre as quais recaem. É o caso de leis como as que desmembram serventias da Justiça, declaram utilidade pública, aprovam planos de urbanização, revogam isenções fiscais, fixam tarifas, proíbem atividades profissionais etc. (Milton Flaks, *Mandado de segurança*, cit. n. 174, p. 153).

Tratando-se de lei de efeitos concretos, não se justifica que o interessado, visando resguardar seus direitos, aguarde sua aplicação para recorrer ao Judiciário, tornando-se viável que, preventivamente, impetre mandado de segurança com o objetivo de impedir a prática de ato baseado na lei considerada. Assim, quando se trata de lei de efeitos concretos, não se concebe o entendimento de que o interessado deva aguardar a sua aplicação pelo agente administrativo para recorrer ao Judiciário no sentido de obstar a aplicação da norma violadora.

Por isso é que

> Não se necessita esperar que o ato da autoridade venha a aplicar a lei, dita proibitiva, porque está subentendido que a sua simples existência implica restrição a direito individual, o que gera lesão (Moura Rocha, in *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Aide, 1982, p. 152).

Em casos tais, principalmente em matéria tributária, em que a autoridade age vinculadamente ao cumprimento da regra e não pode deixar de aplicá-la, o mandado de segurança não será uma ação contra a lei em tese - e sim contra seus efeitos imediatos, sendo justamente esta a hipótese aqui cogitada.

Em tema de Direito Tributário, repita-se, a lei tem, quase que invariavelmente, efeitos concretos. Publicada, incidirá, mais cedo ou mais tarde, sobre a esfera jurídica dos contribuintes, não fugindo à regra a hipótese em julgamento.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (in *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed., ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.816):

> Em matéria tributária há um permanente estado de ameaça gerada pela potencialidade objetiva da prática de ato administrativo fiscal dirigido ao contribuinte, surgindo o fato que enseja a incidência da lei ou de outra norma, questionadas quanto à sua validade jurídica. O lançamento ou inscrição do crédito tributário como dívida ativa, de regra, é que concretizam a ofensa ao direito líquido e certo. Por essa espia, antecedentemente não se pode fincar o início do prazo decadencial para a impetração preventiva do MS (LMS 18) (STJ, 1ª T., REsp 90996-BA, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 20.3.1997, v.u., *DJU* de 28.4.96, p. 15813).

O mandado de segurança, neste caso, visa impedir que a autoridade impetrada exija do impetrante o pagamento da taxa para expedição do alvará de localização no mesmo valor daquela cobrada dos bancos.

Para Celso Agrícola Barbi (in *Do mandado de segurança*. 4. ed. Forense, p. 108):

> O que deve importar não é o receio do autor, que varia conforme a sensibilidade. A nosso ver, o que deve ser qualificado não é o receio, mas a ameaça, que é o elemento objetivo. Aquele é apenas o reflexo subjetivo desta, e não o elemento para sua definição.

Ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro admite o mandado de segurança preventivo contra ato ainda inexistente, mas presumido, desde que comprovada a ameaça objetiva e real decorrente de existência de comando legal. Entretanto, não basta o simples risco de lesão a direito líquido e certo, baseado apenas no julgamento subjetivo do impetrante. Impõe-se que a ameaça a tal direito caracterize-se por atos concretos ou preparatórios da autoridade impetrada ou, ao menos, indícios de que a ação virá a atingir o patrimônio jurídico da parte.

Como acima ficou dito, no campo tributário, e havendo previsão legal ou regulamentar da exigência, justifica-se a aceitação da existência de ameaça, principalmente em razão do caráter vinculativo da regra para a Administração, que não pode deixar de aplicá-la.

Mesmo que assim não fosse, no caso em exame, já houve indeferimento do pedido formulado pela impetrante em seara administrativa.

Consta da inicial que a autoridade impetrada cobra da impetrante o valor de R$2.553,37, fato comprovado pelo documento de f. 18.

Segundo o Estatuto Social da impetrante:

> Art. 2º A cooperativa tem por objeto:
> I - proporcionar, através de mutualidade, assistência financeira aos associados em suas atividades específicas, com a finalidade de fomentar a produção e a produtividade dos associados;
> [...]
> III - praticar, nos termos dos normativos vigentes, as seguintes operações dentro outras: captação de recursos, concessão de créditos, prestação de serviços, formalização de convênios com outras instituições financeiras, bem como aplicações de recursos no mercado financeiro, inclusive depósitos a prazo com ou sem emissão de certificado, visando preservar o poder de compra da moeda e rentabilizar os recursos (f. 25).

Cinge-se a questão a verificar a natureza jurídica das cooperativas de crédito, sociedades nas quais os associados se obrigam, reciprocamente, a contribuir com bens ou serviços para o exercício de determinada atividade econômica em proveito comum e sem objetivo de lucro.

Nos termos da Lei Federal nº 4.595/64, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias e cria o Conselho Monetário Nacional:

> Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.
> Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.
> Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.
> § 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei, no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.

Estabelece a Lei Federal nº 5.764/71, que define a política nacional de cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas:

> Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.
> Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:
> I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;
> II - variabilidade do capital social representado por quotas-partes;
> III - limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais;
> IV - inacessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;
> V - singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade;
> VI - *quorum* para o funcionamento e deliberação da Assembléia Geral baseado no número de associados, e não no capital;
> VII - retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral;
> VIII - indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social;
> IX - neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social;
> X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;
> XI - área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços.
> [...]
> Art. 92. A fiscalização e o controle das sociedades cooperativas, nos termos desta lei e dispositivos legais específicos, serão exercidos, de acordo com o objeto de funcionamento, da seguinte forma:
> I - as de crédito e as seções de crédito das agrícolas mistas pelo Banco Central do Brasil;
> II - as de habitação pelo Banco Nacional de Habitação;
> III - as demais pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.
> § 1º Mediante autorização do Conselho Nacional de Cooperativismo, os órgãos controladores federais poderão solicitar, quando julgarem necessário, a colaboração de outros órgãos administrativos, na execução das atribuições previstas neste artigo.
> § 2º As sociedades cooperativas permitirão quaisquer verificações determinadas pelos respectivos órgãos de controle, prestando os esclarecimentos que lhes forem solicitados, além de serem obrigadas a remeter-lhes anualmente a relação dos associados admitidos, demitidos, eliminados e excluídos no período, cópias de atas, de balanços e dos relatórios do exercício social e parecer do Conselho Fiscal.
> [...]
> Art. 103. As cooperativas permanecerão subordinadas, na parte normativa, ao Conselho Nacional de Cooperativismo, com exceção das de crédito, das seções de crédito das agrícolas mistas e das de habitação, cujas normas continuarão a ser baixadas pelo Conselho Monetário Nacional, relativamente às duas primeiras, e Banco Nacional de Habitação, com relação à última, observado o disposto no artigo 92 desta Lei.
> Parágrafo único. Os órgãos executivos federais, visando à execução descentralizada de seus serviços, poderão delegar sua competência, total ou parcialmente, a órgãos e entidades da administração estadual e municipal, bem como, excepcionalmente, a outros órgãos e entidades da administração federal.

Embora seja vedado às cooperativas o uso da expressão "banco", como determina o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 5.764/71, da análise dos dispositivos legais mencionados, conclui-se que possuem natureza jurídica de instituições financeiras. Tanto que, para o seu funcionamento, dependem de autorização do Banco

Central do Brasil, além de se sujeitarem às regras do Conselho Monetário Nacional, consubstanciando-se em verdadeiras "sociedades de crédito".

Dispõe o Código Tributário Municipal:

> Art. 127. O fato gerador da Taxa de Licença para Localização de Estabelecimento é o exercício do poder de polícia para licenciamento e localização de estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços, de produção de bens ou de fins associativos.
> Parágrafo único. Considera-se estabelecimento o local de exercício de qualquer das atividades referidas neste artigo.
> [...]
> Art. 131. A base de cálculo desta taxa é o custo da atividade municipal de fiscalização, na forma da Tabela I, anexa a esta Lei (f. 76/77).
>
> Tabela nº 01
>
> Taxa de licença para localização de estabelecimentos e atividades - Art. 127/132.
> [...]
> 3 Estabelecimentos bancários de crédito financeiro e investimentos - Anual - R$2.300,00 (f. 91).

Assim, equiparada às instituições financeiras, a impetrante submete-se à Tabela I do Código Tributário Municipal, não se vislumbrando a alegada ofensa a direito líquido e certo.

Comprovada a natureza jurídica da impetrante, equiparada às instituições financeiras, e, como tal, com a prerrogativa de usufruir dos seus benefícios, não há direito líquido e certo a ser amparado pelo mandado de segurança, uma vez que previsto o valor da taxa exigida nos termos da legislação municipal.

Nesse sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

> Administrativo e tributário. Recurso especial. Cooperativas de crédito. Plano de segurança. Funapol. Lei nº 7.102/83, art. 1º, parágrafo único.
> 1. As cooperativas de crédito, por força do que dispõe o art. 18, § 1º, da Lei nº 4.595/64, fazem parte do sistema financeiro nacional. Assim, estão sujeitas às regras gerais que disciplinam as instituições financeiras, dentre elas as previstas na Lei nº 7.102/83.
> 2. A ementa da Lei nº 7.102/83 é clara quando estende a aplicação do diploma legal a todas as instituições financeiras e não somente aos estabelecimentos bancários.
> 3. Se o legislador pretendia imprimir feição taxativa ao art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.102/83, teria substituído a expressão 'é vedado o funcionamento de qualquer estabelecimento financeiro' por 'é vedado o funcionamento dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único deste artigo [...]'
> 4. As cooperativas de crédito, a teor do que preceitua o art. 4º da Lei nº 5.764/71, enquadram-se no conceito de 'sociedades de crédito' para efeitos de aplicação do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.102/83.
> 5. O Decreto nº 89.056/83, que regulamenta a Lei nº 7.102/83, no art. 3º, estabelece, como pré-requisito de funcionamento, que as instituições financeiras - sem qualquer ressalva, aí incluídas as cooperativas de crédito - apresentem plano de segurança. Ao mesmo tempo, estão sujeitas à fiscalização do Departamento de Polícia Federal e, por consequência, ao pagamento da taxa de polícia denominada Funapol.
> 6. Recurso especial improvido (REsp 714286/PR, Rel. Min. Castro Meira, j. em 03.03.2005, *DJ* de 13.06.2005).

Deste Tribunal:

> Cooperativa de crédito. Natureza jurídica. Equiparação aos bancos. Depósito. Devolução. Direito de propriedade do cooperado.
> - As cooperativas de crédito são instituições financeiras não bancárias, sujeitando-se ao controle e à fiscalização do Banco Central do Brasil e subordinando-se às normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional (Leis nºs 5.764/71 e 4.595/64), pelo que, por corolário, equiparam-se aos bancos nas operações com seus cooperados.
> - As cooperativas têm o dever de restituir as quantias depositadas aos cooperados, mormente quando há previsão estatutária para a livre demissão dos cooperados, a qualquer momento.
> - O depósito bancário não transfere o valor depositado à propriedade do banco, que tem a obrigação de devolvê-lo ao titular assim que solicitado. O mesmo raciocínio aplica-se às cooperativas de crédito (Apelação Cível 1.0569.05.000526-7/001, Rel. Des. Nilo Lacerda, j. em 21.07.2007).
>
> Mandado de segurança. Alvará de localização e funcionamento. Cooperativa de crédito. Natureza jurídica. Operações. Equiparação aos bancos.
> - As cooperativas de crédito são instituições financeiras não bancárias, sujeitando-se ao controle e à fiscalização do Banco Central do Brasil, subordinando-se às normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional (Leis nºs 5.764/71 e 4.595/64), pelo que por corolário se equiparam aos bancos nas operações realizadas (Apelação Cível nº 1.0384.06.044907-9/001, Rel. Des. Belizário de Lacerda, j. em 15.04.2008, p. em 16.05.2008).
>
> Reexame necessário. Apelação cível. Mandado de segurança. Preliminar. Ausência de direito líquido e certo. Questão que se confunde com o mérito. Cooperativas de crédito. Natureza jurídica de instituições financeiras. Inteligência do art. 17, parágrafo único, e art. 18, § 1º, da Lei nº 4.595/1964 e art. 92, inciso I, da Lei nº 5.764/1971. Atividades da apelante próprias de instituições financeiras devendo receber o tratamento a elas dispensado. Cabimento da cobrança da taxa para expedição de alvará de funcionamento e localização.
> - Nos termos do art. 17, parágrafo único, e do art. 18, § 1º, da Lei nº 4.595/1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, não resta dúvida de que as cooperativas de crédito têm natureza jurídica de instituições financeiras, dependendo de autorização do Banco Central do Brasil para seu funcionamento e sendo controladas pelo referido órgão.
> - Consta do contrato social da apelante que, entre outros, seus objetos são proporcionar assistência financeira aos associados e praticar, entre outras operações, a concessão de crédito e aplicação de recursos no mercado financeiro,

sendo certo que tais atividades são próprias de instituição financeira, e como tal deve ser tratada. Assim, cabível a cobrança da taxa para expedição de alvará de funcionamento e localização nos moldes em que o fez o Município de Leopoldina (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0384.06.044656-2/001, Rel. Des. Armando Freire, j. em 10.06.2008, p. em 08.07.2008).

Ante o exposto, em reexame necessário, reformo a sentença de primeiro grau para denegar a ordem. Sem custas ou honorários.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BELIZÁRIO DE LACERDA e PEIXOTO HENRIQUES.

Súmula - REFORMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO.

...

Financiamento habitacional - Cohab - Lei Federal nº 10.150/00 - Novação de dívidas - Quitação antecipada do saldo devedor - Possibilidade - Direito subjetivo do devedor - Prescrição trienal - Art. 206, § 3º, incisos IV e V, do Código Civil - Inaplicabilidade - Incidência do Código de Defesa do Consumidor - Litisconsórcio passivo necessário - CEF - Ausência de comprometimento do Fundo de Compensação por Variações Salariais (FCVS) - Desnecessidade de participação na lide - Carência de ação - Falta de interesse de agir - Confusão com o mérito - Exame de fundo

Ementa: Cohab. Financiamento habitacional. CEF. Desnecessidade de participação na lide. Prescrição trienal. Código Civil. Inaplicabilidade. Lei Estadual nº 10.150/00. Programa de novação de dívidas. Quitação antecipada do saldo devedor. Direito subjetivo do mutuário.

- Inexiste interesse da CEF na demanda, quando se discute o direito do mutuário à quitação autorizada pela Lei Federal nº 10.150/00, sem qualquer comprometimento do fundo de compensação por variações salariais.

- Tendo em conta que, caracterizada como serviço a atividade dos agentes do Sistema Financeiro de Habitação está sujeita às disposições do Código de Defesa do Consumidor, inaplicável a prescrição trienal nos termos do art. 206, § 3º, incisos IV e V, do Código Civil.

- Conquanto a Lei Federal nº 10.150/00 tenha se utilizado da expressão "poderão", a novação da dívida não configura mera faculdade do financiador, constituindo direito subjetivo do mutuário à quitação antecipada do saldo devedor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0439.08.095474-6/001 - Comarca de Muriaé - Apelante: C.H.E.M.G. - Apelado: José Gonçalves Lino - Relator: DES. FERNANDO BOTELHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Bitencourt Marcondes, 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, 2 de junho de 2011. - *Fernando Botelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO BOTELHO - Trata-se de apelação cível interposta pela C.H.E.M.G. em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Muriaé/MG, que, nos autos da ação ordinária movida por José Gonçalves Lino, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, declarando a inexistência da dívida relacionada com o contrato de f. 13/15, tendo em vista a edição da Lei Federal nº 10.150/00, condenando, ainda, a companhia a ressarcir ao autor os valores pagos indevidamente, a partir de 30.01.2001 a 30.09.2008, atualizados monetariamente a partir de cada desembolso, pelo índice divulgado e autorizado pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação (15.01.2009).

Inconformada, apela a Cohab às f. 177/193, arguindo, preliminarmente, nulidade da sentença ante a ausência de citação da CEF (Caixa Econômica Federal), requerendo a extinção do processo sem resolução do mérito por falta de interesse de agir, ao argumento de que a apelada não logrou demonstrar que prévia e expressa sua anuência, nos termos do art. 2º, § 5º, da Lei Federal nº 10.150/00.

No mérito propriamente dito, sustenta que a Lei Federal nº 10.150/00 não confere aos mutuários direito subjetivo para realizar a liquidação de seus saldos, mas sim faculdade aos agentes financeiros de quitarem suas dívidas com a CEF. Alega que o financiamento foi contratado para ser pago em 297 (duzentas e noventa e sete) prestações mensais e consecutivas, esclarecendo,

ainda, que a quitação antecipada pelo FCVS (Fundo de Compensação por Variações Salariais) já se operou, porquanto enviadas 271 (duzentas e setenta e uma) das prestações contratadas, não havendo qualquer prejuízo para a apelada. *Ad cautelam*, requer o reconhecimento da prescrição trienal consoante art. 206, § 3º, incisos IV e V, do Código Civil.

Transcorrido *in albis* o prazo para contrarrazões, como se vê da certidão de f. 201.

É o relatório. Decido.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito c/c repetição de indébito e indenização por danos morais movida por José Gonçalves Lino em face da C.H.E.M.G. , em que pleiteia declaração de inexistência de débito a partir da entrada em vigor da Lei Federal nº 10.150/00; a quitação do contrato de financiamento e liberação da hipoteca pendente sobre o imóvel, com entrega da escritura definitiva; requerendo, ainda, a restituição, em dobro, dos valores indevidamente pagos, atualizados pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça acrescidos de juros compensatórios de 1% ao mês, desde a data de cada pagamento; bem como pagamento de indenização por danos morais no importe de R$10.000,00 (dez mil reais).

Ao pedido inicial, opõe a Cohab preliminar de falta de interesse de agir, arguindo que o autor não logrou comprovar prévia e expressa anuência aos termos da Lei Federal nº 10.150/00, requerendo, ainda, a denunciação da lide à CEF, visto que gestora legal do Fundo de Compensação por Variações Salariais e sucessora do extinto Banco Nacional da Habitação - BNH. No mérito propriamente dito, sustenta que a liquidação antecipada consiste em mera faculdade do agente financeiro, condicionada, portanto, não só à anuência do mutuário, como, também, à adesão da instituição financeira. Alega, ainda, a inocorrência de danos morais, aduzindo a prescrição da pretensão de devolução das parcelas pagas.

A sentença concluiu pela procedência parcial do pedido, para

> [...] declarar inexistente a dívida relacionada com o contrato de f. 13/15 em face da edição da Lei 10.150/2000; condenar a requerida C.H.E.M.G, a ressarcir ao requerente José Gonçalves Lino os valores pagos indevidamente, a partir de 30.01.2001 a 30.09.2008 (f. 26/71), atualizados monetariamente a partir de cada desembolso, pelo índice divulgado e autorizado pela Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação (15.01.2009) (f. 174).

Tais, os limites da lide.

I - Preliminar.

a) Nulidade da sentença.

De se afastar, de início, a preliminar de nulidade do *decisum* por ausência de citação da Caixa Econômica Federal, aventada pela Cohab ao argumento de que, enquanto administradora do Fundo de Compensação por Variações Salariais, possuiria legitimidade exclusiva para figurar no polo da lide.

Embora a questão debatida tenha como cenário de fundo a celebração de contrato de financiamento imobiliário com cobertura pelo Fundo de Compensação por Variações Salariais, verifica-se que a pretensão inicial não alcança os interesses da Caixa Econômica Federal.

Com efeito, a demanda não discute as regras do financiamento, mas apenas o direito do mutuário à quitação autorizada pela Lei Federal nº 10.150/00 e eventual devolução das parcelas pagas, não cogitando, pois, de possível comprometimento do Fundo de Compensação por Variações Salariais.

Nesse sentido, julgados desta Corte de Justiça:

> Cohab. Contrato de financiamento habitacional. Cobertura pelo FCVS. Pedido declaratório c/c repetição de indébito de parcelas cobradas indevidamente. CEF. Litisconsórcio passivo necessário. Ausência. Prescrição. Prazo de cinco anos. Aplicação do CDC. Relação de trato sucessivo. Incidência da Súmula nº 85 do STJ. Lei 10.150/2000. Programa de novação de dívidas. Quitação antecipada do saldo devedor. Direito subjetivo do mutuário. Repetição do indébito. Possibilidade, de forma simples. Danos morais. Inocorrência. Juros compensatórios. Descabimento. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. Compensação. Possibilidade. Recursos desprovidos. - Embora a questão debatida tenha como cenário de fundo a celebração de contrato de financiamento imobiliário com cobertura pelo FCVS, verifica-se que a pretensão deduzida pelo autor não alcança, sequer de forma potencial, os interesses da CEF, gestora do referido fundo, haja vista que eventual acolhimento do pleito de repetição de indébito atingiria, apenas, a Cohab/MG, a quem foram pagas as parcelas contratuais, não se cogitando, portanto, de possível comprometimento do fundo, mediante, por exemplo, amortização de eventual saldo devedor existente. - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Tratando-se de relação jurídica de trato sucessivo, bem como de direito reconhecido pela credora - sociedade de economia mista -, a prescrição da pretensão de ressarcimento das parcelas indevidamente pagas atinge apenas as prestações vencidas nos cinco anos anteriores à propositura da ação, por analogia ao disposto na Súmula 85 do colendo Superior Tribunal de Justiça. - Conforme já consolidado na jurisprudência do colendo STJ, o mutuário tem direito à quitação antecipada do saldo devedor com cobertura do FCVS, desde que satisfeitas as condições previstas no art. 2º, § 3º, da Lei nº 10.150/2000, quais sejam a previsão de cobertura do fundo e a celebração do contrato até 31 de dezembro de 1987, não se tratando, portanto, de simples faculdade do agente financeiro. - Descabida a repetição em dobro dos valores indevidamente cobrados, ante a ausência de demonstração da má-fé da instituição financeira, bem como de erro do mutuário, ao continuar pagando as parcelas contratuais. - A simples cobrança ilegítima do débito pela requerida não tem o condão de gerar indenização por danos morais, visto não ser motivo hábil, por si só, a causar dor, molestação ou angústia no mutuário, a ponto de ultrapassar os limites dos incô-

> modos e complicações de natureza puramente patrimonial. - A correção monetária já serve como fator de recomposição do valor em razão da inflação, afigurando-se descabida a fixação de juros compensatórios com esse propósito. - A compensação de honorários advocatícios decorrente do reconhecimento da sucumbência recíproca deve ser aplicada, ainda que uma das partes seja beneficiária da gratuidade de justiça (Súmula 306, STJ) (Apelação Cível 1.0439.08.094043-0/001(1), Relator Des. Eduardo Andrade, julgado em 24.08.2010).

> [...] Com a devida vênia, a jurisprudência do STJ assentou-se no entendimento de que, nos processos em que se discutem pagamentos relativos a contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação, a competência da Justiça Federal somente ocorre, quando haja potencial comprometimento do Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS) e, como nesta hipótese dos autos, não se discute resíduo de saldo devedor, mas diferença entre valores pagos e os que seriam devidos pelo mutuário, não ocorre a incompetência da Justiça Estadual para conhecer e julgar a demanda (Apelação Cível 2.0000.00.508586-7/000(1), Relator Des. Unias Silva, julgado em 11.08.2005).

Caracterizada, pois, a impertinência subjetiva da Caixa Econômica Federal, de se afastar a alegação de nulidade da sentença.

Nesses termos, rejeito a preliminar.

b) Falta de interesse de agir.

Outrossim, de se afastar a arguição de preliminar de falta de interesse de agir por carência de ação, levantada pela Cohab, sob o fundamento de que o autor não logrou demonstrar sua expressa anuência com as condições da quitação antecipada, nos termos do art. 2º, § 5º, da Lei Federal nº 10.150/00, visto que se confunde com o mérito da *quaestio sub judice*, a ser apreciado no plano meritório.

II - Mérito.

De se registrar que não incide, na espécie, a prescrição contida no art. 206, § 3º, incisos IV e V, do Código Civil, relativamente à pretensão de restituição das parcelas pagas, já que aplicáveis às instituições financeiras as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

A propósito, o enunciado da Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça:

"Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Com efeito, caracterizada a atividade dos agentes financeiros do Sistema Financeiro de Habitação como serviço, como ocorre com a Cohab, aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor, não havendo que se falar na prescrição trienal do Código Civil.

No mérito propriamente dito, busca o autor, José Gonçalves Lino, a declaração de inexistência de débito, restituição em dobro do indébito e indenização por danos morais em desfavor da Cohab/MG, ao fundamento de que celebrou contrato particular de promessa de compra e venda, registrado sob o nº 53383 (f. 13/15), fazendo jus à quitação antecipada dos débitos em 100% nos termos da Lei Federal nº 10.150/00, com a consequente liberação da hipoteca lançada no cartório de registro de imóveis.

Pois bem, estabelece a Lei Federal nº 10.150/00:

> Art. 2º Os saldos residuais de responsabilidade do FCVS, decorrentes das liquidações antecipadas previstas nos § § 1º, 2º e 3º, em contratos firmados com mutuários finais do SFH, poderão ser novados antecipadamente pela União, nos termos desta Lei, e equiparados às dívidas caracterizadas vencidas, de que trata o inciso I do § 1º do artigo anterior, independentemente da restrição imposta pelo § 8º do art. 1º.
> [...]
> § 3º As dívidas relativas aos contratos referidos no *caput*, assinados até 31 de dezembro de 1987, poderão ser novadas por montante correspondente a cem por cento do valor do saldo devedor, posicionado na data de reajustamento do contrato, extinguindo-se a responsabilidade do FCVS sob os citados contratos.
> [...]
> § 5º A formalização das disposições contidas no *caput* e nos § § 1º, 2º, 3º e 4º deste artigo condiciona-se à prévia e expressa anuência do devedor.

Muito embora tenha o legislador se utilizado da expressão "poderão", entendo que, satisfeitos os requisitos previstos no art. 2º, § 3º, da Lei Federal nº 10.150/00, a novação da dívida não configura mera faculdade do financiador, constituindo direito subjetivo do mutuário à quitação antecipada do saldo devedor com cobertura do Fundo de Compensação por Variações Salariais.

Não é outra, aliás, a jurisprudência do TJMG:

> Ação declaratória de inexistência de débito c/c repetição de indébito e indenização por danos morais. Contrato de financiamento habitacional. Cohab/MG. CEF. Desnecessidade de participação na lide. Prescrição do art. 206, § 3º, IV e V, do Código Civil. Inaplicabilidade. Lei nº 10.150/00. Preenchimento dos requisitos legais. Direito do mutuário à quitação do financiamento. Devolução das parcelas pagas indevidamente. - Inexiste interesse da CEF na presente demanda, porquanto não se discutem nos autos as regras do Sistema Financeiro de Habitação ou do FCVS - Fundo de Compensação por Variações Salariais, mas apenas o direito do mutuário à quitação autorizada pela Lei Federal nº 10.150/2000 e eventual devolução das parcelas pagas. - Não se aplica à hipótese a prescrição contida no art. 206, incisos IV e V, do Código Civil, relativamente à pretensão de devolução das parcelas pagas pelo recorrido. - Presentes os requisitos previstos na Lei nº 10.150/00, ao mutuário deve ser assegurado o direito à quitação do seu financiamento e, via de consequência, a devolução dos pagamentos indevidamente realizados, privilegiando-se, assim, os princípios da boa-fé, da moralidade e da vedação ao locupletamento ilícito (Apelação Cível 1.0439.08.095460-5/001(1), Des. André Leite Praça, julgado em 21.09.2010).

Cohab. Contrato de financiamento habitacional. Cobertura pelo FCVS. Pedido declaratório c/c repetição de indébito de parcelas cobradas indevidamente. CEF. Litisconsórcio passivo necessário. Ausência. Prescrição. Prazo de cinco anos. Aplicação do CDC. Relação de trato sucessivo. Incidência da súmula nº 85 do STJ. Lei 10.150/2000. Programa de novação de dívidas. Quitação antecipada do saldo devedor. Direito subjetivo do mutuário. Repetição do indébito. Possibilidade, de forma simples. Danos morais. Inocorrência. Juros compensatórios. Descabimento. Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca. Compensação. Possibilidade. Recursos desprovidos . - Embora a questão debatida tenha como cenário de fundo a celebração de contrato de financiamento imobiliário com cobertura pelo FCVS, verifica-se que a pretensão deduzida pelo autor não alcança, sequer de forma potencial, os interesses da CEF, gestora do referido fundo, haja vista que eventual acolhimento do pleito de repetição de indébito atingiria, apenas, a Cohab/MG, a quem foram pagas as parcelas contratuais, não se cogitando, portanto, de possível comprometimento do fundo, mediante, por exemplo, amortização de eventual saldo devedor existente. - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Tratando-se de relação jurídica de trato sucessivo, bem como de direito reconhecido pela credora - sociedade de economia mista -, a prescrição da pretensão de ressarcimento das parcelas indevidamente pagas atinge apenas as prestações vencidas nos cinco anos anteriores à propositura da ação, por analogia ao disposto na Súmula 85 do colendo Superior Tribunal de Justiça. - Conforme já consolidado na jurisprudência do colendo STJ, o mutuário tem direito à quitação antecipada do saldo devedor com cobertura do FCVS, desde que satisfeitas as condições previstas no art. 2º, § 3º, da Lei nº 10.150/2000, quais sejam a previsão de cobertura do fundo e a celebração do contrato até 31 de dezembro de 1987, não se tratando, portanto, de simples faculdade do agente financeiro. - Descabida a repetição em dobro dos valores indevidamente cobrados, ante a ausência de demonstração da má-fé da instituição financeira, bem como de erro do mutuário, ao continuar pagando as parcelas contratuais. - A simples cobrança ilegítima do débito pela requerida não tem o condão de gerar indenização por danos morais, visto não ser motivo hábil, por si só, a causar dor, molestação ou angústia no mutuário, a ponto de ultrapassar os limites dos incômodos e complicações de natureza puramente patrimonial. - A correção monetária já serve como fator de recomposição do valor em razão da inflação, afigurando-se descabida a fixação de juros compensatórios com esse propósito. - A compensação de honorários advocatícios decorrente do reconhecimento da sucumbência recíproca deve ser aplicada, ainda que uma das partes seja beneficiária da gratuidade de justiça (Súmula 306, STJ) (Apelação Cível 1.0439.08.094043-0/001(1), Des. Eduardo Andrade, julgado em 24.08.2010).

Financiamento habitacional. FCVS. Caixa Econômica Federal. Legitimidade. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação. Novação. Lei 10.150/2000. Requisitos. Honorários advocatícios. Compensação. Impossibilidade. - O fato de a Caixa Econômica Federal gerir o FCVS não implica diretamente litisconsórcio passivo no feito, tendo em vista a inexistência de comprometimento do mencionado fundo. Conforme o enunciado da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. A novação das dívidas previstas na Lei 10.150/2000 não se trata de uma faculdade da Cohab, pois, ainda que a citada norma se utilize da expressão 'poderão', tem-se que, presentes os requisitos, a novação é medida que se impõe. Com base nos critérios da especialidade e cronológico de solução dos conflitos entre normas, o melhor entendimento demonstra a impossibilidade de compensação de honorários advocatícios de sucumbência, nos termos do art. 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Apelação Cível 1.0439.09.102310-1/001(1), Des.ª Maria Elza, julgado em 06.05.2010).

Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito c/c repetição e indenização por danos morais. Litisconsórcio passivo necessário. Caixa Econômica Federal. Prescindibilidade. Prescrição. Inocorrência. Inteligência do art. 27 do CDC. Contrato de financiamento habitacional. Lei 10.150/2000. Direito subjetivo do mutuário. Indébito. Repetição. Possibilidade. Juros compensatórios. Vedação. Recursos não providos. - Desnecessária a integração da Caixa Econômica Federal no polo passivo da relação processual, na hipótese de a ação revisional de contrato de financiamento habitacional não versar sobre verbas oriundas do Fundo de Compensação de Variações Salariais. Os agentes financeiros do Sistema Financeiro de Habitação subsumem-se na categoria de fornecedores de serviços, razão pela qual a eles se aplicam inegavelmente as disposições do Código de Defesa do Consumidor, inclusive no tocante ao prazo prescricional previsto no art. 27 do CDC. Conquanto a Lei 10.150/2000 tenha se utilizado da expressão 'poderão', tem-se que, presentes os requisitos, a novação é direito subjetivo do mutuário à quitação do seu financiamento e, via de consequência, a devolução dos pagamentos indevidamente realizados, privilegiando-se, assim, os princípios da boa-fé e da vedação ao locupletamento ilícito (Apelação Cível 1.0439.09.103888-5/001(1), Des. Afrânio Vilela; julgado em 13.07.2010).

Apelação cível. Ação declaratória. Contrato de Financiamento Habitacional. Cohab. Cobertura pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS). Lei nº 10.150/2000. Preenchimento dos requisitos legais. Direito subjetivo do mutuário. Quitação do financiamento. Devolução das parcelas indevidamente pagas. Recurso a que se nega provimento (Apelação Cível 1.0702.06.279891-4/001(1), Des. Roney Oliveira, julgado em 26.08.2008).
Contrato de financiamento habitacional. Cohab. Preenchimento dos requisitos legais. Direito à quitação. - Em se tratando de subvenção econômica do Governo Federal em operação de crédito habitacional, sob a forma de equalização de um grave problema social de habitações populares, na forma da Lei nº 10.150/00, vulneraria o princípio da impessoalidade e da isonomia, admitir ao financiador apenas a faculdade de promover ou não a quitação dos contratos que se encontrassem em condições para tal, visto que, geralmente, os instrumentos legais, quando se trata de direito do cidadão, com correspondente ônus da Fazenda Pública, têm a menção de autorização, embora à autorização ou à faculdade, corresponda sempre o direito adjacente (Apelação Cível 1.0024.03.181299-3/001(1), Des. Geraldo Augusto, julgado em 13.09.2005).

Vislumbra-se, então, uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos pela Lei Federal nº 10.150/00, quais sejam ter o financiamento habitacional cobertura pelo Fundo de Compensação por Variações Salariais, ter sido o contrato pactuado até 31 de dezembro de 1987

e ter ocorrido novação entre o agente financeiro e a União, que a quitação antecipada da dívida constitui direito subjetivo do mutuário que não pode ser negado por mera liberalidade do financiador.

Verifica-se, no caso presente, que o autor preencheu os requisitos exigidos para a quitação plena de seu financiamento habitacional, já que celebrado o contrato em 1º de fevereiro de 1984 (f. 15-verso), com cobertura pelo Fundo de Compensação por Variações Salariais e firmado com agente financeiro (Cohab) que novou com a União (f. 73/74).

Nesse sentido, chama atenção o documento de f. 161/162, por meio da qual a própria Cohab informa sua adesão ao programa de novação de dívidas do Fundo de Compensação por Variações Salariais, contemplando os mutuários com a quitação antecipada.

Por tudo, e porque assegurado ao mutuário o direito público subjetivo à novação nos termos da Lei Federal nº 10.150/00, tenho que não merecem prosperar as razões do inconformismo.

Conclusão.

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo na íntegra a r. sentença.

Custas, pela apelante.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDGARD PENNA AMORIM e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Embargos à execução - Apelação - Matéria parcialmente alegada em recurso diverso - Preclusão consumativa - Inviabilidade de cognição - Cédula de crédito bancário - Título executivo - Saldo devedor - Apuração mediante planilha de cálculo - Liquidez - Ação revisional - Inaptidão para impedir execução - Título executivo - Atributos inerentes - Manutenção - Pessoa jurídica - Empréstimo utilizado na atividade empresarial - Ausência de destinação final - Relação de consumo - Não caracterização - Instituição financeira - Juros remuneratórios - Limitação do Código Civil - Ausência - Existência de lei específica - Comissão de permanência - Não cumulação com demais encargos - Limitação ao valor da taxa prevista para os juros

Ementa: Apelação. Matéria parcialmente alegada em recurso diverso. Preclusão consumativa. Inviabilidade de cognição. Cédula de crédito bancário. Título executivo. Apuração do saldo devedor mediante planilha de cálculo. Liquidez. Ação revisional. Inaptidão para impedir execução. Manutenção dos atributos inerentes ao título executivo. Pessoa jurídica. Empréstimo utilizado na atividade empresarial. Ausência de destinação final. Relação de consumo não caracterizada. Instituições financeiras. Juros remuneratórios. Sujeição ao limite do Código Civil. Ausência. Existência de lei específica. Comissão de permanência. Ausência de cumulação com demais encargos. Limitação ao valor da taxa prevista para os juros.

- Inviável a cognição de matéria anteriormente arguida em recurso diverso em razão da preclusão consumativa operada.

- A apuração do saldo devedor mediante planilha de cálculo que preencha os requisitos do § 2º do art. 28 da Lei 10.931/2004 não compromete a liquidez de cédula de crédito bancário, título executivo extrajudicial idôneo a embasar ação executiva para satisfação do crédito nele representado e delimitado pelos documentos complementares que o integram por força de lei.

- A existência de ação revisional pendente de julgamento cujo objeto se refere ao crédito representado em título executivo não impede a execução deste, permanecendo incólume sua certeza, liquidez e exigibilidade.

- O empréstimo de dinheiro perpetrado por pessoa jurídica e empregado em sua atividade empresarial não caracteriza destinação final do bem, impedindo assim a caracterização de tal relação jurídica como de consumo.
- É permitida a capitalização de juros por instituição financeira.

- As instituições financeiras podem fixar juros além dos limites previstos no Código Civil, por incidência de lei específica, sendo válida a estipulação que não se reveste de abusividade, aferida esta segundo a taxa média praticada pelo mercado ao tempo da celebração da avença.

- A cobrança de comissão de permanência é lícita desde que realizada sem acúmulo de qualquer outro encargo e seja limitada à taxa de juros prevista no contrato.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0647.08.092636-1/004 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Apelantes: I.F.V.L. e outro - Apelado: B.I.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, sob a

Presidência do Desembargador Osmando Almeida, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM, DE OFÍCIO, CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO E DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de abril de 2011. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Trata-se de embargos do devedor movidos por I.F.V.L. e outro em face de B.I.S.A., em que o MM. Juiz da causa, às f. 545/551, julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial.

Inconformados com a r. sentença, os embargantes interpuseram apelação (f. 544/577), na qual alegaram: que os apelantes requereram a produção de prova pericial; que tal pleito foi deferido pelo Juízo *a quo*, contudo, com arbitramento de honorários periciais de R$ 15.000,00; que foi interposto agravo de instrumento em face de tal decisão, ainda pendente de julgamento; que a inviabilização da prova acarretou cerceamento de defesa e o pleno exercício do direito de ação; que a decisão agravada é nula por não admitir sequer o parcelamento dos honorários periciais; que a decisão que indeferiu a prova é nula por ausência de fundamentação; que os honorários advocatícios foram arbitrados em montante arbitrário; que a perícia pode ser realizada em dois dias de trabalho, sendo excessivos os honorários fixados em R$ 15.000,00; que a produção da prova pericial não pode ser obstada pelos elevados honorários fixados; que inexiste preclusão ao direito de produzir provas; que somente pode-se exigir o adiantamento das despesas iniciais; que viável a discussão das relações jurídicas que originaram o título executivo; que o documento que embasa a execução não possui certeza; que a obrigação nele representada está sendo discutida em ação revisional de contrato; que o título não é líquido, na medida em que a cédula de crédito não está acompanhada de demonstrativo da dívida; que é inconstitucional a lei que conferiu executividade à cédula de crédito bancário; que é vedada a capitalização de juros; que presentes cláusulas abusivas nos contratos que antecederam a cédula de crédito bancário; que existe previsão de mais de uma garantia para a obrigação convencionada; que a previsão de compensação do valor do contrato com aqueles existentes perante a instituição financeira consiste em cláusula leonina; que é ilegal a cobrança de comissão de permanência; que se aplica o Código de Defesa do Consumidor; que a tomada de crédito não se destinou à compra de insumos; que os juros remuneratórios não podem ultrapassar a taxa de 1% ao mês.

Teceram outras considerações, citaram doutrina, jurisprudência e, ao final, pediram sejam julgados procedentes os pedidos deduzidos na exordial.

O apelado foi devidamente intimado para responder ao presente recurso no prazo legal (f. 73). Consta às f. 598/646 contrarrazões, nas quais a parte aduziu que a matéria relativa à produção de provas está preclusa; que o Juízo *a quo* apreciou devidamente as provas e entendeu que inexistia razão para diligências extras; que os apelantes não arcaram com as custas para a produção da prova pericial deferida, devendo suportar os efeitos de sua inércia; que é constitucional a lei que conferiu executividade à cédula de crédito bancário; que a inicial está instruída com o contrato bancário e demais documentos exigidos por lei; que foi apresentada planilha com atualização do débito; que os juros remuneratórios não encontram limite na taxa de 12% ao ano em se tratando de instituição financeira; que viável a capitalização de juros na cédula de crédito bancário; que não foi comprovada em nenhum momento a capitalização de juros; que o demonstrativo do débito aponta todos os lançamentos realizados; que inexiste dúvida quanto à origem da dívida, uma vez que o contrato instrui os autos; que os encargos cobrados estavam previstos no contrato, inexistindo qualquer abusividade; que possível a cobrança de comissão de permanência cumulada com juros moratórios; o que é vedada é apenas a cumulação de comissão de permanência com correção monetária; que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor por inexistir a destinação final do serviço contratado; que o crédito tomado para incremento de capital de giro não consiste em destinação final de serviço.

Expendeu outros argumentos, citou doutrina, jurisprudência e requereu seja negado provimento ao recurso.

O preparo foi realizado (f. 578).

Preliminar de ofício: conhecimento parcial do recurso.

Dentre as matérias versadas pelos apelantes nas razões recursais, destaca-se a impugnação em face de decisão interlocutória que arbitrou honorários periciais, alegando a caracterização de cerceamento de defesa pelo obstáculo criado pelo Juízo *a quo* à realização da prova técnica, diante da fixação da verba honorária em quantia exorbitante, sem sequer permitir o seu parcelamento.

Contudo, tais questões já foram abordadas pelos apelantes em agravo de instrumento por ele interposto (f. 527/542), conforme reconhecido pelos próprios recorrentes.

Dentre os princípios que orientam o sistema recursal, menciona-se o da unirrecorribilidade, no qual é permitida apenas a interposição de um único recurso, previsto em lei, em face de um ato judicial decisório.

Logo, interposto agravo quanto à matéria acima identificada e reproduzida no apelo, a cognição de tal questão deve ocorrer apenas no âmbito daquele recurso, ocorrida a preclusão consumativa com a interposição do aludido agravo.

A jurisprudência segue a mesma orientação:

> Existindo similitude dos fundamentos recursais, o direito de recorrer da parte se exaure com a interposição do primeiro agravo de instrumento, sendo impossível a análise de posterior recurso intentado contra a mesma decisão de primeiro grau, em razão do princípio da singularidade recursal (TJMG - AI nº 1.0024.06.004818-8/003 - Rel. Des. Domingos Coelho - *DJ* de 18.11.2006).
>
> É vedada, pelo princípio da unicidade recursal, adotado pelo nosso CPC, a interposição de mais de um recurso contra a mesma decisão (TJMG - AI nº 1.0024.07.480410-5/002 - Rel. Des. Luciano Pinto - *DJ* de 13.07.2007).
>
> No sistema processual brasileiro vige o princípio da singularidade, de unirrecorribilidade ou da unicidade recursal - para cada ato judicial recorrível, há um único recurso previsto pelo ordenamento, vedada a interposição simultânea ou cumulativa de mais outro visando à impugnação de um mesmo comando judicial (TJMG - ED nº 1.0702.01.035478-6/003 - Rel. Des. Gouvêa Rios - *DJ* de 20.05.2005).
>
> Tendo o sistema processual vigente previsão de apenas um recurso para atacar cada decisão, fere o princípio da unirrecorribilidade a utilização de duas vias processuais para a impugnação de um mesmo ato judicial (TJMG - AI nº 1.0024.07.664485-5/002 - Rel. Des. Irmar Ferreira Campos - *DJ* de 05.12.2007).

Verificada a violação ao princípio da unirrecorribilidade, com a preclusão consumativa da matéria levantada pelos apelantes, impõe-se o reconhecimento do obstáculo à sua cognição, motivo pelo qual, de ofício, conheço parcialmente do recurso, impedida a cognição da matéria já versada em agravo anteriormente interposto.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, nos limites acima salientados.

Inexistindo outras preliminares a serem apreciadas, passo ao exame do mérito.

Mérito.

Trata-se de embargos do devedor rejeitados ao fundamento de que inexiste qualquer vício no título que embasa a execução. A pretensão recursal visa reformar a sentença hostilizada, argumentando obstáculos que comprometem a higidez do título executivo.

Compulsando os autos, constata-se que a pretensão recursal merece parcial acolhida.

A execução é embasada por cédula de crédito bancário (f. 16/18 dos autos apensos), conjuntamente com a planilha detalhada do saldo devedor (f. 14).

Por força do art. 28 da Lei 10.931/2004, tal documento é considerado título executivo extrajudicial, conforme se depreende infra:

> Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta-corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

Os apelantes sustentaram a inconstitucionalidade da aludida norma que confere executividade à cédula de crédito bancário.

Tal questão já foi devidamente apreciada por esta Corte no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0024.06.004928-5/003, no qual restou afastada a inconstitucionalidade da Lei 10.931/2004, conforme se depreende infra:

> Não é inconstitucional a Lei 10.931/2004, que instituiu a cédula de crédito bancário, ao fundamento de que a matéria nela versada exigiria lei complementar. A exigência inserta no art. 192 da Constituição Federal atinente à regulamentação do Sistema Financeiro Nacional não abarca a disciplina das relações contratuais - documentação do débito, modo de cobrança dos juros e forma de circulação da cédula, dentre outras - estabelecida entre particulares e instituições financeiras (TJMG - Proc. nº 1.0024.06.004928-5/003 - Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho - *DJ* de 30.07.2010).

Assentada pelo órgão competente a constitucionalidade da norma invocada, afasta-se o vício formal apontado pelos apelantes.

Liquidez do título executivo.

Os apelantes também se insurgiram contra a liquidez do título executivo, ao argumento de que o apelado não apresentou demonstrativo claro da dívida.

Deve-se atentar que a lei expressamente admite a possibilidade de apuração do saldo devedor por meio de planilha de cálculo, sendo pertinente a transcrição do § 2º do art. 28 da Lei 10.931/2004:

> [...]
> § 2º Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela Cédula de Crédito Bancário, será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a Cédula de Crédito Bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que:
> I - os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e
> II - a Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta-corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta-corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do

limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

Conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 4, p. 213):

> Liquidez é o conhecimento da quantidade de bens devidos ao credor. Uma obrigação é líquida, (a) quando já se encontra perfeitamente determinada a quantidade dos bens que lhe constituem o objeto, ou (b) quando essa quantidade é determinável mediante a realização de meros cálculos aritméticos, sempre sem necessidade de buscar elementos ou provas necessários ao conhecimento do *quantum*.

Contudo ressalva o ilustre doutrinador (ob. cit., p. 209):

> Há certos títulos executivos instituídos por lei, nos quais é rigorosamente impossível indicar desde logo o valor devido, de modo que ou se aceita a integração da liquidez mediante algum ato, ou documento futuro, ou se reduziriam a letra-morta as disposições legais instituidoras destes títulos. E, como é desaconselhável afastar a vigência de uma norma jurídica em homenagem a conceitos doutrinários, por mais arraigados que sejam na cultura do intérprete, nesses casos deve ficar atenuado o rigor da regra da indicação do valor das obrigações já no título executivo, sem necessidade de buscá-lo alhures.

Portanto, para que se configure a liquidez da obrigação consubstanciada no título, deve o valor ser determinado ou passível de determinação pelo próprio título ou por documentos complementares, sem, entretanto, necessitar de dilação probatória para tal desiderato.

A idoneidade de documento complementar para imputar liquidez ao referido título executivo também é ratificada por Fábio Ulhoa Coelho (*Curso de direito comercial*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 481):

> A liquidez que embasa a executividade do título decorre tanto da menção de valor certo no próprio documento como de extrato de conta-corrente bancária ou planilha de cálculo emitidos pelo banco credor após o inadimplemento da promessa.

A jurisprudência desta Corte tem-se orientado no mesmo sentido:

> A Cédula de Crédito Bancário, conforme previsão constante do art. 28 da Lei nº 10.931/04, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, é título executivo extrajudicial (TJMG - Apelação nº 1.0701.07.186043-4/002 - Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes - *DJ* de 24.04.2009).

> Quando contratada para pagamento em parcelas de valor pré-fixado, a cédula de crédito bancário afigura-se como título executivo extrajudicial, reclamando somente a apresentação de um demonstrativo da evolução e constituição do débito reclamado, para que lhe seja reconhecida liquidez, certeza e executividade (TJMG - Apelação nº 1.0647.07.074607-6/001 - Rel. Des. Antônio Bispo - *DJ* de 08.05.2009).

> As disposições da Lei 10.931/04 demonstram que a cédula de crédito bancário é título de crédito, que pode lastrear execução de título extrajudicial.
> Apesar de a cédula de crédito bancário ser apta a lastrear o feito executivo, referido título deve estar acompanhado dos extratos, porque a natureza da cédula, no caso em apreço, é de abertura de crédito rotativo. Somente com a juntada desses extratos, que são documentos indispensáveis, é que se revela possível ao devedor exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa (TJMG - Apelação nº 1.0395.08.019957-7/001 - Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino - *DJ* de 07.10.2008).

> A cédula de crédito bancário, devidamente lastreada pela planilha de evolução do débito, constitui-se em título hábil ao manejo da pretensão executiva (TJMG - Apelação nº 1.0701.07.197253-6/001 - Rel. Des. José Amancio - *DJ* de 13.06.2008).

Sendo a planilha de cálculo apresentada (f. 14 dos autos apensos) suficiente para atribuir liquidez ao título, cumpridas as exigências contidas no § 2º do art. 28 da Lei 10.931/2004, deve-se reconhecer a higidez do título que embasa a presente execução.

Certeza do título.

Os apelantes também se insurgiram contra a certeza da obrigação representada pelo título executivo, ao fundamento de que pendente julgamento de ação revisional na qual se discute a licitude de inúmeras cláusulas contratuais.

Data venia ao entendimento esposado pelos apelantes, a existência de ação revisional não consiste em circunstância apta a abalar a certeza e liquidez da obrigação constante no título executivo.

A inserção de encargos acessórios ilícitos no título não macula a certeza da obrigação nele representada, mantida intacta a formalidade exigida em lei para a validade e eficácia executiva do documento.

Não destoa a lição de Humberto Theodoro Júnior (*Curso de direito processual civil*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 2, p. 31):

> A certeza do título, requisito primeiro para legitimar a execução, decorre normalmente de perfeição formal em face da lei que o instituiu e da ausência de reservas à sua plena eficácia.
> Não está a certeza, portanto, no plano da vontade ulterior das partes, mas na convicção que o órgão judicial tem de formar diante do documento que lhe é exibido pelo credor. Pouco importa que, particularmente, estejam controvertendo as partes em torno da dívida. A certeza que permite ao juiz expedir o mandado executivo é a resultante do documento judicial ou de outros documentos que a lei equipare à sentença condenatória.

Deve-se ressaltar que a lei expressamente dispõe que o mero ajuizamento de ação impugnando o crédito

perseguido em juízo não possui o condão de impedir a execução, conforme se infere do § 1º do art. 585 do CPC:

> [...]
> § 1º A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.

Não destoa a lição de Nelson Nery Júnior (*Código de Processo Civil comentado*. 11 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1.030):

> Na redação anterior, o CPC 585 § 1º previa a não suspensividade da execução fiscal pela propositura da ação anulatória de débito fiscal. Mais ampla, a redação atual alarga a abrangência do preceito, no sentido de dar plena eficácia ao título executivo extrajudicial, dispondo não haver suspensão da execução pelo ajuizamento de qualquer ação relativa ao débito constante do título.

Cumpre ponderar que, mesmo que se cogitasse em reconhecimento, na ação revisional de contrato, de cobrança de encargos ilícitos no título, tal fato geraria como consequência apenas o decote do excesso verificado, não afetando a liquidez da obrigação.

Eventual modificação no valor da obrigação representada no título não implica perda de sua liquidez, sendo relevante a lição de Teori Albino Zavascki (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p. 230):

> Em princípio, a liquidez não fica comprometida se o valor consignado originalmente no título como devido sofrer, supervenientemente, alteração para mais (como, por exemplo, pela incidência de encargos apuráveis à base de simples cálculo aritmético), ou para menos (como, por exemplo, quando há amortização da dívida).

Nesse contexto, verificada a certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação contida no título executivo, afasta-se a configuração dos vícios apontados pelos apelantes à validade da execução em curso.

Relação de consumo.

Na sentença prolatada, foi afastada a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, ao fundamento de que o empréstimo foi contraído pelos apelantes para fomento de sua atividade empresarial.

Os recorrentes se insurgiram contra tal ponto, alegando que o serviço adquirido não foi utilizado na compra de insumos, não integrando a cadeia de consumo.

O apelado, abstratamente, é passível de enquadramento como fornecedor, entendimento consolidado no enunciado da Súmula 297 do STJ, ora reproduzido: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Todavia, para se configurar uma relação de consumo, não é suficiente o fornecimento de produtos ou serviços (art. 3º do CDC), torna-se imprescindível a adequação à figura legal de consumidor.

A definição de consumidor é estabelecida pelo art. 2º do CDC, que dispõe:

> [...]
> Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

O alcance da expressão "destinatário final" é diferenciado pelas teorias formadas quanto ao tema, sendo majoritária a corrente denominada finalista mitigada.

Segundo essa vertente:

> Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida 'destinação final' do produto ou serviço (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 253-254).

A jurisprudência deste Tribunal orienta-se no mesmo sentido:

> Não se aplicam as disposições do Código de Defesa do consumidor aos contratos de empréstimo ou financiamento firmados com instituições financeiras, quando o dinheiro obtido se destina à formação de capital de giro, para fomentar a atividade negocial do mutuário, com a finalidade, portanto, de gerar riquezas (TJMG - Apelação nº 1.0145.06.296355-1/001 - Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes - *DJ* de 08.07.2008).
>
> Sujeita-se ao Código Civil o contrato de aquisição de máquina, em que o adquirente é pessoa jurídica, quando a referida máquina é utilizada na produção de bens destinados à venda (TJMG - Apelação nº 1.0290.98.002325-0/001 - Rel. Des. Dom Viçoso Rodrigues - *DJ* de 29.02.2008).
>
> Consoante o atual entendimento dos tribunais pátrios, consumidor seria aquele que adquire o bem para utilizá-lo em proveito próprio, satisfazendo uma necessidade pessoal, sem utilizá-lo no incremento de sua atividade, adotando, portanto, a denominada teoria finalista (TJMG - AI nº 1.0024.06.149818-4/002 - Rel.ª Des.ª Cláudia Maia - *DJ* de 25.05.2007).
>
> Embora o banco ainda seja considerado fornecedor de serviços, há que se presumir que a pessoa jurídica não será consumidora na relação formada entre as partes, já que provavelmente o crédito tomado será empregado na sua atividade produtiva (TJMG - Apelação nº 1.0701.04.070502-5/001 - Rel. Des. Wagner Wilson - *DJ* de 13.02.2007).

Não é outro o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo, e sim como uma atividade de consumo intermediária (STJ - REsp nº 541867 - Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro - *DJ* de 16.05.2005).
>
> A Segunda Seção disciplinou que 'a aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo, e sim como uma atividade de consumo intermediária' (REsp nº 541.867/BA - Rel. para acórdão Min. Barros Monteiro, *DJU* de 16.05.2005) (STJ - REsp 1014960 - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - *DJ* de 29.09.2008).
>
> O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio, isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços (STJ - REsp 733560 - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi - *DJ* de 02.05.2006).

Portanto, a pessoa jurídica é passível de ser caracterizada como consumidor, mas somente na hipótese de demonstração de que foi destinatária final do bem, ou seja, de que o mesmo não foi aplicado ao implemento de sua atividade empresarial.

O ônus imputado à pessoa jurídica de demonstrar a efetiva destinação final do produto ou serviço, particularmente em se tratando de mútuo feneratício, é decorrência da presunção de que o capital emprestado é empregado na atividade empresarial desenvolvida.

Nesse sentido a lição de Nelson Nery Júnior (STJ - REsp 716386 - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - *DJ* de 15.09.2008):

> Já para os devedores pessoa jurídica, a presunção é de que emprestam ou tomam o crédito do banco para ser utilizado em sua atividade de produção, isto é, para aplicar em sua linha de produção, montagem, transformação de matérias-primas, aumento de capital de giro, pagamento de fornecedores etc. O ônus da prova de demonstrar que emprestou como destinatário final é da pessoa jurídica que celebrou o contrato de mútuo ou de crédito com o banco.

A utilização do capital tomado no desenvolvimento da atividade empresarial qualifica-o como insumo dos serviços ou produtos ofertados pela empresa, o que impede a configuração da destinação final econômica do bem e, por consequência, o enquadramento do mutuário como consumidor na relação jurídica estabelecida.

Outrossim, em se tratando de pessoa jurídica, sua vulnerabilidade não é presumida, devendo restar efetivamente comprovado seu estado de hipossuficiência em face do outro contratante, para que se caracterize uma relação de consumo.

De qualquer sorte, é ônus dos apelantes, do qual não se desincumbiram, comprovar a vulnerabilidade da empresa e a efetiva destinação final do bem, não incidindo a presunção atribuída à pessoa física e à pessoa jurídica sem fins lucrativos.

Dessarte, não se aplica à espécie o Código de Defesa do Consumidor por ausência de destinação final do capital emprestado, não estando também presente nos autos qualquer elemento que possa demonstrar a vulnerabilidade alegada pelos apelantes.

Os apelantes alegaram a cobrança de encargos ilícitos pelo apelado, almejando o decote do excesso verificado.

A despeito de, a princípio, o § 5º do art. 739-A do CPC determinar que a alegação de excesso de execução deve ser amparada na inicial com o apontamento do valor que o embargante entende devido, deve-se reconhecer que, na hipótese em que a apuração do *quantum* demandar a produção de prova pericial, tal exigência deve ser afastada.

Nesse sentido a lição de Nelson Nery Júnior (*Código de Processo Civil comentado*. 11. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1.128):

> Quando se tratar de excesso de execução que dependa de perícia, o embargante declinará essa circunstância na petição inicial dos embargos e deverá requerer produção de prova no momento processual adequado. Neste último caso, o juiz não poderá indeferir liminarmente os embargos do devedor, nem desconsiderar esse fundamento, caso os embargos contenham mais de um.

Nesse esteio, diante das peculiaridades do caso vertente, deve-se admitir a análise do excesso de execução alegado, mesmo que não apresentado na exordial pelos apelantes o valor que entendem devido.

Capitalização de juros.

Os apelantes alegaram a existência de excesso de execução, decorrente da cobrança de juros capitalizados.

A capitalização de juros consiste em prática lícita para as instituições financeiras, fundada na permissão constante na Medida Provisória 1.963-17/2000, reeditada sob o nº 2.170/2001.

Nesse sentido se posiciona a jurisprudência:

> Bancário. Recurso especial. Ação revisional. Contrato de cartão de crédito. Embargos de declaração. Capitalização de juros. Comissão de permanência. Repetição do indébito. Cadastro de inadimplentes. Inclusão. Possibilidade. - Nos contratos bancários celebrados após a vigência da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (reeditada sob o nº 2.170/36), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que pactuada e após sua publicação, que foi em 31.03.2000 (STJ - REsp nº 854295 - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi - *DJ* de 23.10.2006).
>
> Agravo regimental em recurso especial. Cartão de crédito. Revisão contratual. Novação ou quitação. Ausência de indi-

> cação do dispositivo violado. Súmula 284/STF. Exigência de cotejo analítico. Capitalização mensal de juros. Legalidade. Recurso improvido. - O entendimento prevalecente no STJ era no sentido de que somente seria admitida capitalização mensal de juros em casos específicos, previstos em lei, conforme enunciado da Súmula 93/STJ. Todavia, com a edição da MP nº 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001, a eg. Segunda Seção deste Tribunal passou a admiti-la nos contratos firmados posteriormente à sua entrada em vigor, desde que houvesse previsão contratual (STJ - AgRg no REsp 727253 - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - *DJ* de 30.10.2006).

Especificamente quanto à cédula de crédito bancário, deve-se acentuar que a capitalização de juros é permitida pelo art. 28, § 1º, I, da Lei 10.931/2004, conforme se depreende:

> § 1º Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados: I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação; [...].

Diante do permissivo legal, deve-se admitir a capitalização de juros.

Juros remuneratórios.

O crédito bancário objeto de negociação foi celebrado com o apelado, que consiste em pessoa jurídica integrante do Sistema Financeiro Nacional, enquadrado na definição legal de instituição financeira (art. 17 da Lei 4.595/64):

> Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Nesse sentido, a fixação da taxa de juros não está submetida aos limites impostos pelo Código Civil, devido à existência de lei específica regulando a matéria, qual seja a Lei 4.595/64.

No regramento específico, inexiste previsão que estipule percentual-limite para os juros bancários. Dessa forma, prevalece a taxa contratualmente fixada, tendo a instituição financeira liberdade para arbitrar a remuneração pelos serviços prestados. A modificação da taxa de juros somente tem sido aceita mediante a constatação de notória abusividade.

A jurisprudência orienta-se nesse sentido:

> A alteração da taxa de juros remuneratórios pactuada em mútuo bancário e a vedação à cobrança das taxas denominadas TAC e TEC dependem da demonstração cabal de sua abusividade em relação à taxa média do mercado e da comprovação do desequilíbrio contratual (STJ - AgRg no REsp 1061477 - Rel. Min. João Otávio de Noronha - *DJ* de 1º.07.2010).

Nesse contexto, relevante enfatizar que, consoante orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a simples cobrança de juros remuneratórios acima de 12% ao ano não enseja a caracterização de abusividade, nos termos da Súmula nº 382: "A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade".

Ademais, não são aplicáveis às entidades que integram o Sistema Financeiro Nacional os juros fixados com base no Decreto 22.626/33, conforme Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal, cujo enunciado se reproduz:

> As disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional.

Além disso, a Emenda Constitucional nº 40/2003 derrogou o § 3º do art. 192 da Constituição Federal, que previa limitação de juros, dispositivo este reputado pelo Supremo Tribunal Federal como desprovido de eficácia imediata, nos termos da Súmula Vinculante nº 7, e, portanto, sua aplicação estava condicionada à aprovação de lei complementar que regulasse a matéria.

Cumpre enfatizar que consiste em ônus do autor, por se tratar de fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, do CPC), a comprovação de que as taxas de juros cobradas eram notoriamente abusivas em face da média praticada pelo mercado ao tempo de sua contratação.

Como bem ressaltado pelo Juízo *a quo*, os apelantes não se desincumbiram do ônus probatório que lhes foi imposto por lei, não se podendo presumir que as taxas de juros remuneratórios cobradas pelo apelado, no importe de 2,37% ao mês, ultrapassaram substancialmente os limites praticados pelo mercado, motivo pelo qual não há como se imputarem abusivos tais encargos.

Comissão de permanência.

Depreende-se da cédula de crédito bancário objeto de execução previsão para o caso de atraso no pagamento de juros de mora no importe de 12% ao ano e comissão de permanência (cláusula 12, f. 17 dos autos apensos).

A comissão de permanência objetiva remunerar o capital, bem como atualizar o seu valor, diante do inadimplemento do mutuário.

Diante de sua natureza compensatória e de instrumento para a atualização monetária, a jurisprudência consolidou-se no sentido de proibir a cumulação de tal taxa com os juros remuneratórios e a correção monetária, sob pena de onerar o mutuário mais de uma vez com o mesmo fundamento.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o tema nas seguintes súmulas, cujos enunciados se reproduzem:

> A Comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis (Súmula 30).

> Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado (Súmula 296).

Cabe ponderar que a comissão de permanência somente incide quando observada a mora do devedor, sendo um encargo atribuído a este por sua impontualidade no cumprimento da prestação que lhe foi incumbida contratualmente.

Nessa perspectiva, é notório que a comissão de permanência, tal como pactuada, consubstancia uma penalidade ao devedor, pela mora caracterizada.

Enfatizado esse viés punitivo ao inadimplemento configurado, não se tem admitido sua cumulação com os juros e multa decorrentes da mora, pela dupla penalidade que esse acúmulo representa.

A invocação da Resolução nº 1129/86 do Banco Central do Brasil não é suficiente para permitir a cobrança cumulada de tais encargos, pois se trata de norma de caráter meramente regulamentar que extrapola as sanções previstas em lei ordinária (Código Civil, art. 404) para a mora, quais sejam os juros e a multa.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente concluído no mesmo sentido:

> Agravo regimental. Ação revisional. Contrato bancário. Limitação dos juros remuneratórios. Inadmissibilidade. Comissão de permanência. Licitude na cobrança, não cumulada com os demais encargos da mora, correção monetária e juros remuneratórios, limitada à taxa de juros. Embargos à execução. Apelação. Matéria parcialmente alegada em recurso diverso. Preclusão consumativa. Inviabilidade de cognição. Cédula de crédito bancário. Título executivo. Saldo devedor. Apuração mediante planilha de cálculo. Liquidez. Ação revisional. Inaptidão para impedir execução. Título executivo. Atributos inerentes. Manutenção. Pessoa jurídica. Empréstimo utilizado na atividade empresarial. Ausência de destinação final. Relação de consumo. Não caracterização. Instituição financeira. Juros remuneratórios. Limitação do Código Civil. Ausência. Existência de lei específica. Comissão de permanência. Não cumulação com demais encargos. Limitação ao valor da taxa prevista para os juros. Prevista no contrato para o período da normalidade. Decisão agravada em consonância com a jurisprudência pacífica do STJ (STJ - AgRg no REsp 677793 - Rel. Min. Massami Uyeda - *DJ* de 17.03.2008).

> 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 (STJ - AgRg no REsp 976237 - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi - *DJ* de 17.03.2008).

> Impossível, nos contratos bancários, a cobrança cumulada da comissão de permanência com juros remuneratórios, correção monetária, juros de mora e multa contratual (STJ - AgRg no REsp 896269 - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - *DJ* de 18.12.2007).

A posição adotada também é majoritária neste Tribunal:

> A comissão de permanência não pode ser cumulada com juros remuneratórios e correção monetária (Súmula 30 do STJ). Não pode, também, ser cobrada cumulativamente com juros moratórios e multa contratual, em face da identidade da natureza jurídica desses encargos, já que visam garantir o mesmo objeto, prejudicando o equilíbrio financeiro estabelecido entre as partes, diante da ocorrência de *bis in idem*, permitindo-se, no caso de mora, apenas a incidência daquela (TJMG - Apelação nº 1.0024.05.736256-8/001 - Rel. Des. Tarcísio Martins Costa - *DJ* de 29.03.2008).

> Não é admissível cumular a comissão de permanência com juros moratórios e multa contratual, pelo caráter punitivo de tais encargos, constituindo a cumulação penalidade excessiva ao devedor (TJMG - Apelação nº 1.0024.04.456657-8/001 - Rel. Des. Renato Martins Jacob - *DJ* de 18.09.2007).

> Nos contratos celebrados com instituições financeiras, não se admite, após o vencimento da dívida, a cobrança de comissão de permanência cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e multa contratual (Súmulas nºs 30, 294 e 296 do colendo Superior Tribunal de Justiça) (TJMG - Apelação nº 1.0512.02.003790-3/001 - Rel. Des. José Flávio de Almeida - *DJ* de 10.03.2007).

Diante da excessiva e duplicada penalidade ocasionada pela incidência da comissão de permanência, com juros e multa moratória, sua aplicação cumulada não é permitida.

No que tange ao limite do valor a ser cobrado a título de comissão de permanência, a jurisprudência sedimentou-se no sentido de que tal encargo encontra como teto o valor da taxa de juros estipulada no contrato, conforme se depreende infra:

> A comissão de permanência, calculada pela taxa média dos juros de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil e tendo como limite máximo a taxa do contrato (Súmula 294/STJ), é devida para o período de inadimplência, desde que não cumulada com correção monetária (Súmula 30/STJ), juros remuneratórios, moratórios ou multa contratual (AgREsp 712.801/RS) (STJ - AgRg no REsp 1065947 - Rel. Min. Fernando Gonçalves - *DJ* de 09.12.2008).

> A limitação máxima da comissão de permanência à taxa de juros remuneratórios do próprio contrato não enseja nenhuma ilegalidade ou irregularidade, estando, aliás, em consonância com o *leading case* sobre o assunto (REsp nº 271214/RS), onde foi pacificado pela Segunda Seção (AgRg no REsp 672.168/RS - 4ª Turma - Rel. Min. Fernando Gonçalves - *DJ* de 02.05.2005) (STJ - AgRg no Ag 1011382 - Rel. Min. Massami Uyeda - *DJ* de 16.09.2008).

Dessarte, deve-se reconhecer o excesso de execução, permitindo apenas a comissão de permanência como encargo decorrente da mora, limitada à taxa de 2,37% ao mês, valor este previsto no contrato a título de taxa de juros (f. 16 dos autos apensos), cumprindo ao

apelado apresentar novo cálculo, adequando-os aos limites ora impostos.

Alterada a sucumbência no feito, deve-se proceder a uma nova distribuição dos respectivos ônus. Nesse contexto, razoável a condenação dos apelantes ao pagamento de 70% das custas processuais e honorários advocatícios de R$ 7.000,00, enquanto o apelado deve suportar 30% das custas processuais e honorários de R$ 3.000,00, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao apelo apenas para decretar o excesso de execução em relação à cobrança de encargos de mora, limitando-os tão somente à comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central, prevalecendo a taxa de juros do contrato (2,37% ao mês), caso aquela ultrapasse esta. Condeno os apelantes ao pagamento de 70% das custas processuais e honorários advocatícios de R$ 7.000,00, enquanto o apelado deve suportar 30% das custas processuais e honorários de R$ 3.000,00, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

Custas recursais, na razão de 70% pelos apelantes e 30% pelos apelados.

Em síntese, para efeito de publicação (art. 506, III, do CPC):

- de ofício, conheceram parcialmente do recurso;

- deram parcial provimento ao recurso apenas para decretar o excesso de execução em relação à cobrança de encargos de mora, limitando-os tão somente à comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central, prevalecendo a taxa de juros do contrato (2,37% ao mês), caso aquela ultrapasse esta;

- condenaram os apelantes ao pagamento de 70% das custas recursais e o apelado aos 30% restantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TARCÍSIO MARTINS COSTA e JOSÉ ANTÔNIO BRAGA.

Súmula - DE OFÍCIO, CONHECERAM PARCIALMENTE DO RECURSO E DERAM-LHE PARCIAL PROVIMENTO.

...

Rescisão contratual - Distribuição de combustível - Outras avenças - Multa - Pedido de restituição de equipamentos - Cumulação de ações - Agravo retido - Ausência de ratificação - Legitimidade passiva - Verificação - Testemunhas suspeitas - Oitiva - Impossibilidade - Cerceamento de defesa- Inexistência - Agravos não providos - Prescrição - Não consumação - Descumprimento de contrato - Rescisão e multa - Cabimento - Cessão de direitos - *Res inter alios* - Denunciação da lide - Possibilidade - Repetição em dobro de valores cobrados a maior - Má-fé - Ausência - Honorários advocatícios - Readequação - Possibilidade - Multa compensatória - Termo final - Fixação - Solidariedade - Inexistência

Ementa: Civil e processual civil. Apelação. Ação de rescisão de contrato de distribuição de combustível e outras avenças, c/c multa e pedido de restituição de equipamentos. 1º agravo retido. Ausência de ratificação. Não conhecimento. 2º e 3º agravos retidos. Legitimidade passiva. Verificação. Testemunhas suspeitas. Oitiva. Impossibilidade. Cerceamento de defesa. Inexistência. Agravos não providos. Prescrição. Não consumação. Descumprimento de contrato. Rescisão e multa. Cabimento. Cessão de direitos. *Res inter allios*. Denunciação da lide. Possibilidade. Repetição em dobro de valores cobrados a maior. Má-fé. Ausência. Honorários advocatícios. Readequação. Possibilidade. Multa compensatória. Termo final. Fixação. Solidariedade. Inexistência. 1º e 3º recursos providos em parte, 2º recurso provido.

- Não se conhece de agravo retido quando a agravante não cumpre a determinação do art. 523, § 1º do CPC, que exige a formulação de pedido expresso de sua apreciação, quando da interposição de apelação ou nas contrarrazões.

- A parte que figurou como contratante possui legitimidade para figurar no polo passivo de ação em que se pede a rescisão do contrato, a aplicação de multa e a devolução de equipamentos dados em comodato.

- É vedada em nosso ordenamento jurídico a oitiva de testemunha suspeita ou impedida, não caracterizando cerceamento de defesa nem em nulidade processual o indeferimento de tal oitiva.

- Provado o descumprimento do contrato, é cabível o pedido de rescisão c/c multa contratada.

- A cessão de direitos e deveres oriundos de contrato, sem a anuência da outra parte, constitui *res inter allios* e não pode ser oposta à parte não anuente.

- É possível a denunciação da lide àquele que assumiu contratualmente a obrigação de reembolso em regresso.

- Estando os honorários sucumbenciais fixados fora dos parâmetros legais, é possível sua readequação.

- O termo final para a aplicação da multa contratual é a data em que a obrigação foi cumprida integralmente.

- A solidariedade somente ocorre por determinação legal ou contratual, nos termos do art. 265 do NCC.

Recursos conhecidos. 1º e 3º recurso provido em parte, 2º recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.04.141873-5/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1º) P.S.L., 2os) L.O.A. e outro, sucessor de J.E.A., 3º) P.D.S.A. - Apelados: P.S.L., L.O.A. e outros, P.D.S.A., A.P.N.L., A.S.J. - 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, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Mariné da Cunha, 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 AGRAVO RETIDO. NEGAR PROVIMENTO AOS SEGUNDO E TERCEIRO AGRAVOS RETIDOS. REJEITAR A PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO. NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL ÀS PRIMEIRA E TERCEIRA APELAÇÕES E PROVIMENTO À SEGUNDA, COM O ACRÉSCIMO DO VOGAL.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2011. - *Márcia De Paoli Balbino* - Relatora.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo primeiro apelante, o Dr. Marcelo Dias Carvalho. Assistiu ao julgamento, pelo quarto apelado, o Dr. Diogo Moreira Rocha.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Ouvi com a devida atenção as palavras do senhor advogado.

Ao completo relatório do MM. Juiz, contido às f. 561/564, no que toca à inicial, contestações, denunciação da lide e reconvenção, acresço que o MM. Juiz julgou os pedidos iniciais em parte procedentes e improcedente a reconvenção, dando pela rescisão do contrato e condenando apenas o P.S.L. ao pagamento das penalidades contratadas pela não devolução de equipamentos dados em comodato e pela não aquisição de quantidade mínima de produtos entre março de 1997 a maio de 1998, a apurar.

Condenou a ré em honorários advocatícios que arbitrou em R$ 3.500,00 para a ação e R$ 1.500,00 para a reconvenção, e a P.D.S.A. em R$ 2.000,00.

P.S.L. apelou (f. 591/633), arguindo a prejudicial de mérito de prescrição, ao argumento de que a presente ação somente foi ajuizada sete anos após o descumprimento contratual e sua rescisão, e seis anos após a notificação, sendo que o CC/16, em seu art. 178, § 9º, V, previa o prazo prescricional de quatro anos para o ajuizamento de ação de rescisão contratual. Requereu a apreciação do agravo retido interposto à f. 326, contra a decisão que rejeitou a preliminar de sua ilegitimidade passiva, e do segundo agravo retido interposto na AIJ, contra a decisão que indeferiu a oitiva de testemunhas contraditadas, ao argumento de que tal decisão lhe cerceou o direito de defesa. Em relação ao mérito, alegou que em 4.5.1998 firmou um acordo com a P.D.S.A., pelo qual esta o isentaria da multa pela não devolução dos equipamentos. Afirma que a autora confirmou a existência do acordo à f. 112. Sustenta que a aplicação da multa premia a inércia da autora em retirar seus equipamentos, que nem sequer possuíam valor comercial. Sustenta que a empresa Auto Posto Norte II é que deve ser condenada ao pagamento da multa pela não aquisição da quantidade mínima de produtos, de vez que ela a sucedeu na exploração do posto. Assevera que deve ser aplicada a pena de confissão ao Auto Posto Norte II, por não estar devidamente representado na audiência, dado que quem assinou a carta de preposto não figura no quadro societário da empresa. Alega que a autora contribui para a majoração excessiva da multa, por não ter executado ou rescindido o contrato logo após o seu descumprimento, devendo este Tribunal afastar a lesividade das cominações que lhe foram impostas. Afirma que a denunciação da lide ao Sr. A.S.J. deve ser deferida, uma vez que ele adquiriu os direitos de revendedor e se responsabilizou pela obtenção de anuência da autora e por ressarcimento de prejuízos. Sustenta que o Sr. A.S.J. se tornou cessionário do contrato objeto da lide, não tendo ele cumprido as obrigações contratuais, por isso deve ser acionado regressivamente. Assevera que a reconvenção deve ser julgada procedente, de vez que a autora está litigando de má-fé. Afirma que a autora tinha ciência da devolução dos equipamentos e de que ela se havia reunido com o Sr. A.S.J. para discutir sobre o contrato objeto da lide. Sustenta que a P.D.S.A. está-lhe cobrando valores muito acima do eventualmente devido, tendo direito à repetição do indébito em dobro. Assevera que os honorários advocatícios devem ser fixados em 20% da diferença relativa ao valor pedido na inicial e do valor da condenação. Requereu fosse provido o recurso.

L.O.A. e outro apelaram (f. 634/639), alegando que a P.D.S.A. sucumbiu em grande parte de seus pedidos, devendo ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, que devem ser fixados em 20% da diferença relativa ao valor pedido na inicial e o valor da condenação.

P.D.S.A. também apelou (f. 640/646), alegando que o réu descumpriu o contrato firmado entre as partes e, mesmo depois de notificado, interrompeu a aquisição de produtos e continuou a utilizar seus utensílios, equipamentos e marca. Afirma que após a contestação veio a

ser constatado que o sócio majoritário da primeira ré, que figurou no contrato como fiador, havia falecido e que o imóvel e as instalações foram locados a outra empresa, que explora a mesma atividade. Sustenta que o fato de a cessionária continuar a explorar a atividade empresarial no imóvel e com as instalações anteriormente contratadas com o primeiro réu é motivo suficiente para ser estendida a responsabilidade pelo inadimplemento contratual a todos os réus e ao denunciado Adalberto. Assevera que a reconvenção não possui nenhum respaldo fático ou jurídico. Alega que somente buscou o Judiciário para solucionar uma pendência contratual com quem contratara, não havendo se falar em repetição do indébito em dobro, por não ter agido de má-fé. Afirma que os ônus de sucumbência devem ser atribuídos inteiramente aos apelados e ao denunciado. Requereu fosse provido o recurso.

P.D.S.A. apresentou contrarrazões aos recursos (f. 648/659), alegando que os recorrentes se limitam a demonstrar sua insatisfação com a sentença. Afirma que o feito foi julgado de acordo com as provas produzidas, tendo restado claro os frequentes descumprimentos contratuais. Sustenta que não houve a prescrição do direito pleiteado, vez que o contrato se prorroga automaticamente até a aquisição total de todos os produtos contratados. Assevera que a presente ação busca a rescisão contratual, sendo claro que esta ainda não havia operado. Afirma que com a locação do imóvel houve a cessão do contrato ora questionado ao locatário. Alega que o contrato não se extingue apenas com o inadimplemento de uma das partes. Sustenta que o P.S.L. possui legitimidade para figurar no polo passivo da presente ação, de vez que figurou no contrato originalmente firmado entre as partes. Assevera que não houve cerceamento de defesa, já que a testemunha que não foi ouvida é parente do denunciado. Alega que o documento de f. 112 foi recebido com ressalvas e por um funcionário que não detinha poderes para isentar o P.S.L. de qualquer multa. Afirma que a sucessão de empresas não retira a responsabilidade do P.S.L. pela inadimplência contratual. Sustenta que a apuração dos valores relativos às multas e demais indenizações será apurado em liquidação de sentença. Assevera que nem sequer há indícios de má-fé. Alega que obteve procedência na maior parte de seus pedidos, não havendo se falar em redistribuição dos honorários advocatícios, nos moldes pleiteados pelos apelantes. Requereu fosse negado provimento aos recursos.

P.S.L. apresentou contrarrazões (f. 663/675), alegando que a pretensão da P.D.S.A. está prescrita. Adere às alegações da apelante em relação ao litisconsorte A.P.N.L. e ao denunciado A.S.J. Afirma que o contrato firmado entre as partes foi rescindido em maio de 1998, quando disponibilizou os equipamentos à apelante. Sustenta que a apelante está cobrando valores muito acima do devido, uma vez que os equipamentos cedidos em comodato foram retirados em 5.5.1998 e em 3.12.2008. Requereu fosse negado provimento ao recurso.

Auto Posto Norte II apresentou contrarrazões (f. 676/685), alegando que a sentença não merece reforma no que toca ao reconhecimento da impossibilidade de se responsabilizar o Auto Posto Norte II pelo descumprimento contratual do P.S.L. Afirma que não celebrou nenhum contrato com a P.D.S.A. Sustenta que no documento de f. 112 o P.S.L. informa à P.D.S.A. que estaria encerrando suas atividades. Assevera que a autora retirou os seus equipamentos do imóvel e que somente após a retirada se instalou no local. Alega que os prepostos da P.D.S.A. afirmaram que não houve contratação entre elas. Sustenta que não houve sucessão ou subrogação em relação às obrigações assumidas pelo P.S.L., sendo que seu contrato de locação foi firmado com os filhos do falecido representante do P.S.L. Assevera que não possui legitimidade passiva para a presente ação, de vez que somente locou o imóvel após extinto o contrato entre o P.S.L. e a P.D.S.A. Requereu fosse negado provimento aos recursos.

A.S.J. apresentou contrarrazões (f. 686/710), alegando que a pena de confissão somente pode ser aplicada à parte, e não ao procurador desta. Afirma que a sentença foi acertada, ao entender que não estavam presentes os requisitos para a sua denunciação à lide, pois que o contrato de f. 113/114 não estabelece obrigação de o apelado/denunciado garantir as obrigações assumidas pelo P.S.L. Sustenta que, depois de firmado o contrato de locação, o P.S.L. continuou em suas operações, tendo, inclusive, enviado correspondência à P.D.S.A. Assevera que a Portaria nº 202/1999 de ANP veda a venda de combustíveis às pessoas naturais. Alega que o pagamento de multa pela compra de volume de combustíveis abaixo do contratado é responsabilidade exclusiva do P.S.L. Afirma que não lhe era possível cumprir a meta de compra de combustível estabelecida pela P.D.S.A., se ela retirou os equipamentos de distribuição do posto. Requereu fosse negado provimento aos recursos.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade

Conheço do recurso do P.S.L., porque próprio, tempestivo, e por ele estar litigando sob o pálio da gratuidade judiciária, conforme decisão de f. 361.

L.O.A. e outros requereram os benefícios da gratuidade judiciária (f. 142); não tendo tal pedido sido apreciado em primeira instância, passo a apreciá-lo.

As apelantes são pessoas físicas a quem, a princípio, basta a declaração de hipossuficiencia financeira para obtenção dos benefícios da gratuidade judiciária.

Lado outro, analisando os autos, não se verifica a existência de indícios contrários a essa presunção.

Posto isso, defiro-lhes os benefícios da gratuidade judiciária e conheço do recurso delas, porque próprio e tempestivo.

Conheço do recurso da autora porque próprio, tempestivo e por ter contado com preparo regular (f. 640 v.).

Agravos retidos.

Agravo retido de f. 325.

Deixo de apreciar o agravo retido interposto pelo Auto Posto Norte II à f. 325, em decorrência da inexistência de pedido expresso na apelação para sua apreciação conforme disposto no art. 523, § 1°, do CPC:

> Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.
> [...]
> Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

Não conheço do agravo.

DES. LUCAS PEREIRA - Gostaria de salientar que ouvi atentamente as palavras proferidas pelo advogado e tive acesso também ao memorial que me foi apresentado.

De acordo.

DES. VERSIANI PENNA - Sr. Presidente, também ouvi com atenção as palavras do nobre advogado da tribuna. Recebi inclusive memoriais e tive a oportunidade de analisar o processo.

De acordo.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Agravo retido de f. 326.

P.S.L. interpôs agravo retido, em audiência, contra a decisão que rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva por ele arguida.

Em suas razões recursais, alegou que o contrato firmado com a agravada possui cláusula resolutiva expressa para o caso de inadimplemento contratual; que é desnecessária a declaração judicial de rescisão do contrato, uma vez que a agravada lhe notificou (f. 18/19) da rescisão contratual e requereu a devolução dos equipamentos cedidos em comodato; que os equipamentos foram retirados pela agravada, conforme documento de f. 110/111; que a agravada anuiu com a cessão para terceira empresa da posse do imóvel e como sua distribuidora.

A.S.J. ofereceu contraminuta, alegando que é incompatível a denunciação à lide com a arguição de ilegitimidade passiva; que, em caso de acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva, deve-se julgar extinta a ação e a denunciação.

P.D.S.A. apresentou contraminuta, alegando que o contrato não se extingue por mera notificação; que somente soube da sucessão de empresas durante o trâmite da presente ação; que a declaração de f. 110/111 não comprova a retirada de todos os equipamentos cedidos via comodato ao agravante, sendo que tais informações não chegaram ao seu conhecimento; que a ressalva existente no documento de f. 112 torna o agravante parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação. Requereu fosse negado provimento ao recurso.

Tenho que não assiste razão à agravante.

A legitimidade para a causa consiste na qualidade da parte de demandar e ser demandada, ou seja, de estar em juízo. Sobre o tema, ensina Cândido Rangel Dinamarco, em *Instituições de direito processual civil*, 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, v. II, p. 306 :

> Legitimidade *ad causam* é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa.

Analisando os autos, verifica-se que a agravante firmou contrato de promessa de compra e venda mercantil e outros pactos (f. 11/15) e um aditivo de f. 16, que preveem, entre outros pactos, a promessa de venda de combustíveis, cessão de equipamentos em comodato e a previsão de multas contratuais.

Ao ajuizar a presente ação, a agravada P.D.S.A. requereu a devolução dos equipamentos dados em comodato, a aplicação de multa moratória e a rescisão do contrato.

Logo, não há que se falar na ilegitimidade passiva do agravante, pois há pertinência subjetiva da ação em relação à contratante agravante.

A uma, porque a configuração da rescisão contratual por inadimplemento contratual é fato controverso nos autos e demanda análise de mérito.

A duas, porque existe controvérsia em relação à integral devolução dos equipamentos que foram cedidos à agravante em comodato.

A três, porque a agravada requereu a cominação de multa contratualmente prevista e, para tanto, deverá ser verificada a existência de inadimplemento contratual para se aferir a possibilidade ou não de cominação da multa contratual.

E, por fim, porque deve ser analisada a eficácia do contrato firmado entre a agravante e o A.P.N.L., em relação à P.D.S.A.

Posto isso, nego provimento ao agravo retido e rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo P.S.L.

DES. LUCAS PEREIRA - De acordo.

DES. VERSIANI PENNA - De acordo.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Agravo retido de f. 447.

P.S.L. opôs agravo retido, em audiência, contra a decisão que dispensou os depoimentos das testemunhas A.D.S., por ser irmão do denunciado A.S.J., e G.B., por ter sido sócio do Auto Posto Norte II e amigo do denunciado A.S.J.

O agravante alega que a testemunha G.B. ainda é sócia do Auto Posto Norte II e não poderia ter sido contraditada por sua própria empresa, da mesma forma a contradita da testemunha A.D.S. não se deu pela parte contrária, mas sim pela empresa de seu irmão; que as testemunhas poderiam ter sido ouvidas como informantes. Requereu fosse reconsiderada a decisão, para se evitar cerceamento de defesa e futura arguição de nulidade processual.

Não foram apresentadas contraminutas. O MM. Juiz manteve a decisão agravada.

Novamente sem razão o agravante.

O art. 405, § 3º, do CPC dispõe que:

> Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.
> [...]
> § 3º São suspeitos:
> I - o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença;
> II - o que, por seus costumes, não for digno de fé;
> III - o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo;
> IV - o que tiver interesse no litígio.

No presente caso, as testemunhas que tiveram seus depoimentos dispensados são realmente suspeitas.

Isso porque A.D.S. é irmão do denunciado A.S.J., sendo impedido de depor e tendo evidente interesse no litígio (inciso IV), e G.B. por ter sido sócio do Auto Posto Norte II e ser amigo do denunciado A.S.J., sendo suspeito por lhe serem aplicáveis os incisos III e IV do dispositivo supracitado.

Portanto, correta a decisão que dispensou seus depoimentos.

Lado outro, não se aplica ao presente caso o disposto no § 4º do art. 405 do CPC:

> § 4º Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

Isso porque os depoimentos das testemunhas não eram a única forma de a agravante comprovar suas alegações, de vez que os autos contam com farto acervo probatório.

Lado outro, sendo as testemunhas suspeitas por relação de parentesco e amizade, não é crível que os seus depoimentos, mesmo que na qualidade de informantes, fossem úteis ao agravante, não havendo se falar em cerceamento de defesa nem em nulidade processual.

Também nego provimento ao agravo.

Preliminar.

Não há preliminares a serem apreciadas no presente recurso.

DES. LUCAS PEREIRA - De acordo.

DES. VERSIANI PENNA - De acordo.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Prejudicial de mérito.

Prescrição.

P.S.L., ora primeira apelante, arguiu a prejudicial de mérito de prescrição, ao argumento de que a presente ação somente foi ajuizada sete anos após o descumprimento contratual e sua rescisão, e seis anos após a notificação, sendo que o CC/16, em seu art. 178, § 9º, V, previa o prazo prescricional de quatro anos para o ajuizamento de ação de rescisão contratual.

Sem razão o apelante. Vejamos.

O art. 178, § 9º, inciso V, dispõe que:

> Art. 178. Prescreve:
> [...]
> § 9º Em 4 (quatro) anos:
> [...]
> V - a ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contado este:
> a) no caso de coação, do dia em que ela cessar;
> b) no de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato;
> c) quanto aos atos dos incapazes, do dia em que cessar a incapacidade; [...].

Portanto, o presente dispositivo só se aplica aos casos de rescisão do contrato decorrente de coação, erro, dolo, simulação, fraude ou ato de incapaz, que não são as hipóteses da presente ação, que é de rescisão de contrato por descumprimento de obrigação contratual.

O art. 178 do NCC não previu prazo para tal ação de declaração de rescisão cumulada com multa, nem previu prazo para a cobrança da multa por tal rescisão.

Posto isso, rejeito a prejudicial de mérito de prescrição.

DES. LUCAS PEREIRA - De acordo.

DES. VERSIANI PENNA - De acordo.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Mérito.

1ª Apelação - P.S.L.

A presente ação é de rescisão de contrato, c/c cobrança de multa moratória e restituição de equipa-

mentos cedidos em comodato, ajuizada por P.D.S.A. contra P.S.L. e outros, requerendo a devolução dos equipamentos dados em comodato, a aplicação das penas compensatórias contratadas e a rescisão do contrato em decorrência de seu inadimplemento.

O MM. Juiz julgou parcialmente procedentes os pedidos, declarando rescindido o contrato havido entre as partes e condenando P.S.L. ao pagamento das penalidades contratadas, pela não devolução dos bens dados em comodato e por não ter adquirido a quantidade mínima de combustível contratualmente prevista.

Entendeu que Posto Norte II nada contratou com a autora e que os demais réus não respondem pelas obrigações assumidas pelo P.S.L. e pelo fiador falecido.

P.S.L. recorreu da sentença, em razão da sua condenação, sendo a 1ª apelante.

Examinando tudo o que dos autos consta, tenho que assiste parcial razão à apelante. Vejamos.

Analisando os presentes autos verifica-se que P.D.S.A. e P.S.L. firmaram um contrato para distribuição de produtos e concessão de equipamentos em comodato, tendo figurado como fiador o Sr. J.E.A., já falecido.

O contrato de f. 11/15 previa que o P.S.L. deveria adquirir a seguinte quantidade mínima de combustíveis:

> 1.1 - A BR promete vender à promissária compradora e esta por sua vez promete comprar da BR, com exclusividade, durante o prazo de 84 (oitenta e quatro) meses, a partir de 22.11.1993 e a terminar em 21.11.2000, as quantidades mínimas mensais de produtos derivados de petróleo e álcool hidratado, abaixo relacionadas:
> a) gasolina ..... 70.000 L (setenta mil litros)
> b) álcool hidratado..... 30.000 L (trinta mil litros)
> c) óleo diesel ..... 50.000 L (cinquenta mil litros)
> d) óleos lubrificantes .... 800 L (oitocentos litros)

Em caso de aquisição abaixo do volume mínimo contratado, o contrato prevê:

> 4.1 - O presente contrato poderá ser rescindido de pleno direito, a critério da parte inocente, independentemente de notificação ou interpelação judicial ou extrajudicial, com a aplicação à parte infratora da penalidade prevista no item 4.2 abaixo, ocorrida qualquer das seguintes hipóteses:
> 4.1.1 - inadimplemento de qualquer uma das cláusulas e condições deste instrumento;
> 4.1.2 - liquidação judicial ou extrajudicial de qualquer das partes;
> 4.1.3 - falência ou concordata requerida, decretada ou homologada da promissária-compradora;
> 4.1.4 - impontualidade da promissária-compradora no pagamento das faturas de compra de produtos à BR.
> 4.2 - A rescisão deste contrato, na forma prevista no item 4.1 acima, sujeitará a parte infratora ao pagamento à parte inocente de uma multa compensatória, cobrável sempre por inteiro, cuja importância monetária corresponderá à diferença (subtração) entre as quantidades de produtos que a promissária-compradora comprometeu-se a comprar e aquelas efetivamente adquiridas, multiplicada por 12% (doze por cento) os preços de venda à promissária compradora dos produtos tabelados pelo DNC e/ou dos preços de lista da BR para os produtos não tabelados, preços estes vigentes na data do efetivo pagamento da multa.

Já em relação à devolução dos bens dados em comodato, o contrato prevê:

> 3.6 - Fica ainda convencionado que na hipótese de findo ou rescindido o presente contrato, se a promissária compradora, por qualquer razão ou motivo, não devolver, impedir ou não facilitar a retirada e remoção dos equipamentos pela BR, pagará a esta, a título de aluguel diário, por dia de atraso, enquanto os mesmos não forem devolvidos, a importância monetária equivalente a 500 (quinhentos) litros de gasolina por equipamento, observado o preço vigente no dia do efetivo pagamento, pelo conjunto dos equipamentos emprestados.

Analisando os autos, vê-se que a P.D.S.A. enviou notificação, datada de 22.4.1998, ao P.S.L., para que cumprisse o contrato, adquirindo a quantidade mínima de derivados de petróleo e álcool hidratado, sob pena de rescisão (f. 18/19):

> Ressaltamos que o não cumprimento do Contrato de Promessa de Compra e Venda Mercantil em sua totalidade enseja a adoção das medidas judiciais cabíveis, no sentido de rescindir o contrato, retomar os equipamentos dados em Comodato, executar seus critérios e cobrar os prejuízos decorrentes de vossa inadimplência (*sic*).

Logo, não há que se falar em rescisão do contrato só com o inadimplemento ou só com o envio da notificação de f. 18/19, como alegou a apelante, porque a rescisão, no caso, depende da confirmação por declaração judicial, tal como consta da notificação, para que surtisse o efeito de repor as partes ao *status quo* e de possível ressarcimento.

Lado outro, também não há que se falar em isenção das multas em decorrência do recibo exarado na contranotificação de f. 112, datada de 4.5.1998.

Isso porque na própria contranotificação há uma ressalva, aposta pelo representante da P.D.S.A., de que a questão relativa à multa pela não aquisição da quantidade mínima de combustível estava sendo tratada por seu setor jurídico, localizado na Cidade do Rio de Janeiro, e que a retirada dos materiais seria realizada o mais rápido possível, não havendo perdão em relação à multa pelo descumprimento da cláusula que prevê a devolução dos bens dados em comodato.

Logo, não há que se falar em decote das multas contratualmente estabelecidas.

As penas cominatórias pedidas e deferidas na sentença são a de 12% do preço do dia do efetivo pagamento dos litros de combustíveis que não foram adquiridos como contratado pela ré, e a de 500 litros de combustível diários para cada bomba de combustível não devolvida.

A primeira, de 12% do preço do produto que não foi adquirido, não se mostra excessiva, estando próxima de 10%, usualmente aceita em contratos que não encerram relação de consumo (tal como o presente) e abaixo da de até 20%, aceita pelos tribunais em casos de rescisão de contrato que não seja de consumo.

A segunda, do equivalente a 500 litros diários de combustível por bomba não devolvida, não se mostra abusiva porque equivale ao valor de fruição de equipamento e ou não uso com respectiva renda pelo dono, e está até abaixo da capacidade plena de abastecimento de uma bomba em posto de gasolina em plena atividade.

Veja-se que o contrato é empresarial, com encargos bem informados e livremente aceitos, conforme conveniência de ambos os contratantes na ocasião, não havendo se falar em lesão.

Em relação à cessão dos direitos do contrato firmado entre P.D.S.A. e P.S.L., realizada por esta com o Sr. A.S.J., constou do contrato de f. 113/114:

> Primeira: A vendedora/cedente, na qualidade de:
> [...]
> - comodatária de um conjunto de bens, instrumentos e acessórios, também denominados equipamentos, constantes de: um conjunto de 4 (quatro) bombas de abastecimento, sendo 1 (uma) conjugada; de 4 (quatro) tanques de armazenamento de combustíveis, sendo 3 de 15.000 litros e 1 (um) de 10.00 litros; e de uma placa luminosa de identificação com o Símbolo BR; todos localizados no imóvel sito na Rua Duarte de Abreu, esquina com Av. Brasil, vende os equipamentos de serviço e os móveis e utensílios, bem como cede e transfere os seus direitos de revendedora e comodatária, ao comprador/cessionário, que aceitam os bens na forma e condições em que se encontram, pelo preço certo e irreajustável de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), pagos neste ato, valendo a assinatura do presente instrumento como recibo de quitação;
> Segunda: Neste ato, a vendedora/cedente, transfere de forma irrevogável e irretratável, a posse, propriedade e os direitos descritos na cláusula anterior, ao comprador/cessionário, o qual, por sua conta e risco, se responsabiliza pela obtenção da anuência da Fornecedora/comodante e assume a obrigação de quitar perante a mesma, também por sua conta, mas em nome da vendedora cedente, as prestações vincendas referentes ao Contrato de Financiamento, com Confissão de Dívidas e Garantia Fidejussória, firmado em 05.05.95 e registrado sob o nº 329935 no 4º Ofício de Registro de Títulos e Documentos da Cidade do Rio de Janeiro, o que fica fazendo parte integrante do presente contrato, mediante comprovação mensal das quitações; [...]

Veja-se que em tal contrato constou como cedente P.S.L. e, como cessionário, o Sr. A.S.J. (f. 113/114).

Logo, restou clara a transferência das obrigações assumidas pelo P.S.L. junto à P.D.S.A. ao Sr. A.S.J.

É verdade que o contrato anteriormente firmado entre a P.D.S.A. e o P.S.L. assim dispunha sobre a transferência de direitos e obrigações (f. 14):

> Cláusula oitava:
>
> 8.1 - As obrigações aqui assumidas são extensivas aos cessionários e/ou sucessores das partes contratantes e a todas as pessoas que vierem a subrogar-se na atividade da Promissária-compradora, seja a que título for, somente ficando desobrigada qualquer das contratantes mediante anuência escrita da outra parte (*sic*).

Contudo, a cessão de direitos e obrigações havida entre P.S.L. e o Sr. A.S.J. constitui *res inter allios* e não produz efeito em relação à P.D.S.A., porque na cessão a P.D.S.A. não compareceu nem anuiu.

Portanto, P.S.L. continua obrigada em relação à P.D.S.A. pelos termos ajustados no contrato de f. 11/15.

No entanto, o contrato de compra e venda, cessão de direitos e outras avenças, firmado entre o P.S.L. e o Sr. A.S.J., prevê, para o caso de inadimplemento dos termos ajustados no contrato cedido (f. 114):

> Terceira: O não pagamento pelo comprador/cessionário de qualquer das parcelas a que se obrigou na cláusula anterior, que resulte em obrigação da vendedora/cedente de promover a quitação, ficará esta com direito de regresso, mediante ação executiva, contra o comprador cessionário, valendo, para tanto, como título executivo, o presente contrato acompanhado do comprovante de pagamento, com acréscimo de 10% de multa, custas e honorários advocatícios.

A denunciação da lide é uma espécie de intervenção de terceiro, provocada por uma das partes, cuja natureza jurídica é de ação de regresso, a qual se desenvolve nos próprios autos da ação principal. O instituto é tratado pela doutrina da seguinte maneira:

> Denunciação da lide é a demanda com que a parte provoca a integração de um terceiro no processo pendente, para o duplo efeito de auxiliá-lo no litígio com o adversário comum e de figurar como demandado em um segundo litígio. [...]
> Trata-se de uma intervenção coata, porque tem origem na vontade da parte, e não do terceiro, e este torna-se parte no processo independentemente de sua própria vontade. Uma vez citado, em relação ao primeiro litígio o terceiro torna-se assistente litisconsorcial da parte que lhe haja denunciado a lide e, cumulativamente, réu na segunda demanda. [...]
> A denunciação da lide faz com que o terceiro, porque passa a figurar como assistente do denunciante, fique impedido de discutir o acerto da decisão da causa principal e ao mesmo tempo propicia sua condenação a ressarcir se o litisdenunciante for vencido ao final. Trata-se da ação de garantia, que se admite em casos nos quais o denunciante defende em face do terceiro, dito denunciado, um alegado direito de regresso.
> Com essa configuração, a litisdenunciação da lide inclui-se entre as intervenções de terceiro que ampliam o objeto do processo. Além da pretensão deduzida pelo autor em face do réu e visando a uma medida a ser proferida com relação a este, feita a denunciação o juiz terá diante de si, para conhecer e julgar, também essa outra que visa à condenação do terceiro a prestar a quem o trouxe ao processo uma indenização pelo que ele eventualmente venha a perder. (DINAMARCO, Cândido Rangel, in *Instituições de direito processual civil*, 4. ed., Malheiros: São Paulo, 2004, v. II, p. 398.)

As hipóteses de denunciação da lide estão previstas no art. 70 do CPC:

> Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:
> I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;
> II - ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;
> III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Sobre essas possibilidades assim leciona Humberto Theodoro Júnior:

> a) A primeira hipótese se refere ao chamamento do alienante, quando o adquirente a título oneroso sofre reivindicação da coisa negociada por terceiro. A convocação se faz para que o denunciado venha a garantir ao denunciante o exercício dos direitos que lhe advêm da evicção, nos termos dos arts. 1.107 a 1.117 do Código Civil.
> [...]
> b) A segunda hipótese do art. 70 se refere à denunciação da lide ao proprietário ou possuidor indireto quando ação versar sobre bem em poder do possuidor direto e só este for demandado.
> [...]
> C) A última hipótese do art. 70 (nº III) se refere à denunciação da lide àquele que estiver obrigado, por lei ou por contrato, a indenizar o denunciante, em ação regressiva, pelo prejuízo que eventualmente advier da perda da causa. (In *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1, f. 111/112.)

No presente caso, verifica-se que há uma obrigação contratualmente estabelecida entre o P.S.L. e o Sr. A.S.J., pela qual este se obriga a ressarcir o P.S.L. pelos prejuízos advindo do descumprimento das obrigações assumidas perante a P.D.S.A., uma vez que esta não anuiu nem autorizou a cessão dos direitos e obrigações originalmente contratados.

O contrato firmado entre o P.S.L. e o Sr. A.S.J. é datado de 27.2.1997, logo, a partir desta data, o Sr. A.S.J. tornou-se obrigado a ressarcir o P.S.L. pelos prejuízos advindos do descumprimento do contrato de cessão de direitos e obrigações.

A sentença aceitou a tese da autora, de incidência das multas contratualmente previstas, da seguinte maneira (f. 567):

> Sendo assim, forçoso reconhecer que as multas contratuais pleiteadas pela não aquisição da quantidade mínima dos produtos, pelo P.S.L., respaldada na cláusula 4.2 do contrato, bem como pela não devolução dos equipamentos, amparada na cláusula contratual 3.6, somente poderão ser exigidas no período compreendido entre março de 1997 a maio de 1998, quando a P.D.S.A. tomou conhecimento da paralisação das atividades do primeiro, inclusive sobre a instalação de outro posto de gasolina no local, momento a partir do qual os equipamentos foram colocados à sua disposição e por ela retirados naquela data.

A cláusula do contrato de cessão dá direito de regresso, mas sem vinculação da autora, porque ela não anuiu, não contratou com o denunciado e não aprovou a cessão de forma expressa, especialmente por ser desafeto comercial da apelante, conforme se depreende das alegações do próprio apelante (f. 616).

Então, a denunciação de Adalberto é procedente.

Lado outro, a reconvenção proposta pela apelante improcede. Vejamos.

A apelante requereu, em reconvenção, a condenação da autora ao pagamento da quantia cobrada indevidamente nos termos do art. 940 do NCC:

> Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Para tal condenação em dobro, seria indispensável a ocorrência de má-fé por parte da autora, o que não ficou caracterizado nos autos.

Nesse sentido, a Súmula 159 do excelso Supremo Tribunal Federal: "Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil".

O egrégio STJ há muito fixou entendimento jurisprudencial nesse sentido:

> Responsabilidade civil. Protesto indevido de duplicata. Negligência atribuída aos réus, dada a falta de aceite no título ou de prova da entrega da mercadoria. Matéria fático-probatória. Julgamento *extra petita* reconhecido com respeito à exigência de apresentação do original da cártula. Inaplicabilidade ao caso da norma do art. 1.531 do Código Civil de 1916.
> - Em sede de recurso especial, não se reexamina matéria fático-probatória (Súmula nº 7-STJ). Recurso especial inadmissível quanto ao ponto central do litígio.
> - Exigência de exibição do original da duplicata, sob pena de pagamento de multa diária, não constante do pedido exordial. Infringência dos arts. 128 e 460 do CPC.
> - A imposição da penalidade prevista no art. 1.531 do Código Civil de 1916 pressupõe a existência de uma cobrança judicial acima do valor que realmente for devido, formulada de maneira maliciosa pelo credor. Requisitos inexistentes na espécie. (REsp 344.583/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, j. 15.02.2005, *DJ* de 28.03.2005, p. 258.)
> Ação de indenização. Art. 1.531 do Código Civil. Ausência de comprovação da má-fé. Precedentes da Corte. Súmulas nºs 07 e 83 da Corte.
> 1. Como assentado em diversos precedentes, a incidência do art. 1.531 do Código Civil 'supõe que, além da cobrança indevida, exista procedimento malicioso do autor, agindo consciente de que não tem direito ao pretendido. Não se pode afirmar a má-fé com base, tão só, na improcedência do pleito'.

> 2. O fato de ter sido a parte condenada nas penas de litigância de má-fé nos embargos à execução que foram julgados procedentes, ajuizados pelos autores da presente indenizatória, não traz como consequência necessária a responsabilidade prevista no art. 1.531 do Código Civil.
> 3. Afastada pelo acórdão recorrido a ocorrência da má-fé, com base na prova dos autos, o reexame da matéria pela Corte não é possível nos termos da Súmula nº 07.
> 4. Recurso especial não conhecido ao abrigo da Súmula nº 83 da Corte. (REsp 184822/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, j. em 14.10.1999, *DJ* de 13.12.1999, p. 142.)

Ora, a cobrança se deu com base em descumprimento de cláusula contratual firmada entre as partes, sendo que a autora pleiteou o que entendia por devido. O só fato de a autora ter sucumbido em parte de seu pedido inicial não significa que ela litigou de má-fé em relação a tal parte.

Então, não houve cobrança com abuso ou com má-fé e não cabe a condenação da autora/reconvinda ao pagamento do dobro do valor cobrado a maior.

A uma, porque, se a apelante nada pagou, não cabe a repetição do indébito em dobro.

A duas, porque a cobrança a maior só enseja repetição simples, mesmo assim se a cobrança for de má-fé, não configurada no caso.

Portanto, a reconvenção mostra-se improcedente.

Em relação ao pedido de majoração dos honorários de sucumbência devidos pela autora, tenho que assiste razão à apelante.

Isso porque a fixação de honorários sucumbenciais deve levar em conta o proveito ou a perda que a parte obteve na demanda, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC:

> Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.
> [...]
> § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:
> a) o grau de zelo do profissional;
> b) o lugar de prestação do serviço;
> c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
> § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Na sentença, o MM. Juiz assim distribuiu os honorários advocatícios do processo: a ré arcará com honorários advocatícios que arbitrou em R$ 3.500,00 para a ação e R$ 1.500,00 para a reconvenção, e a P.D.S.A. em R$ 2.000,00 (f. 571/572).

No presente caso, o proveito da apelante foi a diferença que se verifica entre o valor da condenação que lhe foi imposta e o valor pedido na inicial.

Logo, tenho que os honorários sucumbenciais devem ser fixados em 10% sobre tal diferença, visto que tal diferença foi no que a autora sucumbiu.

Todavia, observo que a sentença foi condenatória em relação à apelante, P.S.L., na lide principal, e mesmo assim a sentença arbitrou honorários advocatícios conforme § 4º do art. 20 do CPC, incorretamente, pois era aplicável o § 3º do art. 20 do CPC, tema que será analisado na 3ª apelação.

2ª apelação - L.O.A. e outros.

L.O.A., Denise Maria Oliveira Ajub e Cristina Oliveira Ajub também apelaram, requerendo a majoração dos honorários advocatícios fixados na sentença em desfavor da autora.

Tenho que assiste razão às apelantes.

No presente caso, o proveito das apelantes foi a diferença entre o valor da condenação e o valor do pedido inicial.

Logo, tenho que os honorários sucumbenciais devem ser fixados em 10% sobre tal diferença, como exposto na 1ª apelação.

3ª apelação - P.D.S.A.

P.D.S.A. também apelou, alegando que a ré descumpriu o contrato firmado entre as partes e continuou a utilizar os utensílios, equipamentos e marca a ela cedidos, devendo ser majorada a multa. Afirma que o cessionário continuou a se utilizar das instalações do autor e dos equipamentos cedidos em comodato, devendo ser condenado solidariamente, assim como os demais réus, e que os honorários advocatícios devem ser pagos apenas pelos réus.

Tenho que assiste parcial razão à terceira apelante.

Na sentença, o MM. Juiz limitou o termo *ad quem* da incidência da multa em março de 1998.

Contudo, a retirada dos equipamentos só foi concluída em 3.12.1998.

Prevê a cláusula 3.6 do contrato firmado entre a P.D.S.A. e o P.S.L., em caso de não devolução dos equipamentos cedidos em comodato depois de rescindido o contrato, que é devida a incidência da multa diária contratada no valor equivalente a 500 litros de gasolina (f. 13).

Portanto, o termo final para incidência da multa diária em relação às duas bombas de combustível é a data definitiva de sua retirada, ou seja, 3.12.1998.

Já em relação ao pedido de condenação solidária do Auto Posto Norte II e demais réus, tenho que não assiste razão à terceira apelante.

Isso porque a autora, ora 3ª apelante, nada contratou com o Auto Posto Norte II, e este não sucedeu o P.S.L., tendo apenas se instalado no mesmo imóvel após a cessação das atividades do P.S.L., com sócios e funcionários outros.

A fiança se limitou à pessoa de J.E.A., que já é falecido.

Então, tenho que o MM. Juiz houve com acerto ao excluir Auto Posto Norte II e os demais réus, sob os seguintes fundamentos:

> Com relação à fiança, verifica-se do instrumento contratual de f. 11/15 que foi prestada por J.E.A., com anuência da esposa Línea Oliveira Ajub, o qual se tornou solidariamente responsável pelo seu cumprimento. [...]
> Depreende-se da certidão de óbito de f. 143 que o fiador faleceu em 1°.02.1996 de sorte que, a partir deste momento, suas herdeiras estão desobrigadas ao pagamento de débitos gerados por ele, como se fossem dele e não apenas herdeiras do fiador, o que pode ser admitido, em face da gratuidade que envolve o contrato acessório e seu caráter *intuitu personae* (f. 258).
>
> No que diz respeito ao A.P.N.L., apesar de ter se instalado no local onde o P.S.L. exercia suas atividades, por meio do contrato locatício de f. 120/124, firmado em março de 1998 entre Ana Cristina Oliveira Ajub e Denise Maria Oliveira Ajub, cujos equipamentos entregues em comodato foram devolvidos quando já estava em funcionamento, a teor das declarações já transcritas, forçoso admitir que não pode ser responsabilizado pelo descumprimento contratual do Posto Serenata, que se deu anteriormente, restando demonstrado nos autos que não celebrou com a P.D.S.A. nenhum contrato para venda de combustíveis, razão pela qual a improcedência dos pedidos, quanto à mesma, é medida que se impõe (f. 570).

A solidariedade não se presume e, nos termos do art. 265 do NCC, resulta da lei ou de contrato: "Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes".

Não havendo contrato nem admissão do Auto Posto Norte II pela P.D.S.A., para novo contrato, após a instalação daquele no imóvel anteriormente ocupado pelo P.S.L., não pode a apelante reclamar que o Auto Posto Norte II não adquiriu o volume mínimo de combustível.

Da mesma forma e conforme sentença, os demais réus não são obrigados perante a autora.

Quanto aos ônus de sucumbência, a apelante tem parcial razão em relação ao P.S.L.

Conquanto a apelante tenha negado sua sucumbência, esta houve em relação ao P.S.L., mas a apelante também foi vencedora na cobrança das cláusulas penais e rescisão do contrato.

Como na sentença os honorários advocatícios lhe foram arbitrados com desacerto, já que a sentença foi condenatória quanto ao P.S.L., e como a apelação da P.D.S.A. é mais abrangente, já que alega não ter sucumbido, tenho que os honorários advocatícios que lhe foram arbitrados devem ser adequados ao § 3° do art. 20 do CPC e fixados em 10% sobre o valor da condenação que será apurada.

Sucumbindo em parte, a autora responde por ônus do processo, como já fixados nas 1ª e 2ª apelações.

Dispositivo.

Isso posto, não conheço do primeiro agravo retido; nego provimento ao 2° e 3° agravos retidos; rejeito a prejudicial de mérito de prescrição; dou parcial provimento à 1ª apelação, tão somente para julgar procedente a denunciação do Sr. A.S.J., condenando-o regressivamente ao pagamento das cominações impostas ao P.S.L., arcando o denunciado com honorários advocatícios de 10% do que ressarcirá à denunciante, em favor do advogado desta, e para majorar os honorários advocatícios devidos pela autora, para 10% entre a diferença entre o valor que pediu e o valor da condenação da ré, a apurar; dou provimento à 2ª apelação, para igualmente majorar os honorários advocatícios devidos pela autora; e dou parcial provimento à 3ª apelação, para fixar o dia 3.12.1998 como termo final da incidência da multa compensatória, fixada na sentença em relação a 2 bombas de combustível, e para fixar em favor da autora honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação, a serem pagos pela ré P.S.L.

Custas da 1ª apelação, 50% pela autora e 50% pelo denunciado.

Custas da 2ª apelação, pela autora.

Custas da 3ª apelação, 50% pela autora e 50% pelo Posto Serenata Ltda (ré).

DES. LUCAS PEREIRA - Sr. Presidente, em relação ao mérito, analisando o processo, entendi que a eminente Relatora bem analisou a questão e estou acompanhando-a.

DES. VERSIANI PENNA - Acompanho na íntegra a eminente Relatora.

Sr. Presidente, pela ordem. Gostaria de propor algo, que é o seguinte:

Dada a precisão do voto, inclusive sob o ponto de vista não apenas da questão de mérito, mas de questão processual, gostaria de que Vossa Excelência analisasse a minha proposta de encaminhamento, com preferência para a Comissão de Divulgação de Jurisprudência, do voto da eminente Relatora.

DES. PRESIDENTE (EDUARDO MARINÉ DA CUNHA) - Também acolho a sugestão do eminente Vogal, no sentido de se encaminhar o voto à Comissão de Jurisprudência, para publicação.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO PRIMEIRO AGRAVO RETIDO. NEGARAM PROVIMENTO AOS SEGUNDO E TERCEIRO AGRAVOS RETIDOS. REJEITARAM A PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO. NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO PARCIAL ÀS PRIMEIRA E TERCEIRA APELAÇÕES E PROVIMENTO À SEGUNDA, COM O ACRÉSCIMO DO VOGAL.

...

ICMS - Energia elétrica - Ação declaratória cumulada com repetição de indébito - Incidência indevida sobre tarifa calculada com base na demanda contratada - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Contribuinte de fato - Inexistência de relação jurídica com o Fisco - Acolhimento - Entendimento do STJ - Tributo indireto - Somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam*

Ementa: Reexame necessário e recurso de apelação. Tributário. Ação declaratória cumulada com repetição de indébito. ICMS. Energia elétrica. Incidência indevida sobre tarifa calculada com base na demanda contratada. Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*. Contribuinte de fato. Inexistência de relação jurídica com o Fisco. Entendimento do STJ. Preliminar acolhida.

- O recolhimento indevido de tributo implica a obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte, detentor do direito subjetivo de exigi-lo.

- Contribuinte é aquele que, tendo relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, é obrigado ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária.

- Com efeito, o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao contribuinte de direito, não se estendendo ao contribuinte de fato, que, consequentemente, não poderá acionar diretamente o Poder Público pleiteando a restituição de tributos, visto não ter com ele nenhuma relação jurídica.

- Nessa senda, o consumidor não possui legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre a operação de circulação de energia elétrica.

- Entendimento recente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça nos REsp 928875/MT, julgado em 11.05.2010, e REsp 903394/AL, julgado em 24.03.2010.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.08.251530-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: P.A.L. - Relator: DES. ANDRÉ LEITE PRAÇA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Wander Marotta, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA E EXTINGUIR O PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2011. - *André Leite Praça* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANDRÉ LEITE PRAÇA - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais, em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedentes os pedidos formulados na ação declaratória c/c repetição de indébito ajuizada por P.A.L.., confirmando a tutela antecipada anteriormente concedida, para declarar a ilegalidade da incidência e da cobrança do ICMS, referentes aos valores da demanda reservada determinando que o Estado de abstenha de realizar tal cobrança, não podendo mais ocorrer a incidência de ICMS sobre este encargo, bem como restituir ao autor os valores pagos indevidamente no período compreendido entre os meses de novembro de 2003 a novembro de 2008, com correção, devidamente atualizados pela Tabela da Corregedoria-Geral de Justiça desde a condenação, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, assim como eventuais valores pagos a partir da citação.

O apelante sustenta, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do ora apelado, porquanto, considerando-se que o contribuinte é a pessoa a quem a lei impõe o dever de pagar o tributo, ou seja, aquele que realiza operações de circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, não há como atribuir legitimidade ao consumidor para propor ação em que se impugna a legalidade da incidência tributária.

No mérito, aduz que, como a tarifa de energia elétrica, devida em razão da quantidade de energia consumida, mostra-se insuficiente para remunerar os investimentos feitos pela concessionária para assegurar seu fornecimento com a intensidade solicitada, instituiu-se, então, a tarifa binômia, assim conhecida por abrigar valores distintos para a energia consumida e para potência contratada pelo consumidor intensivo; que a demanda contratada, custo específico do segmento, integra, por indissociável que é, o custo do fornecimento da energia elétrica, uma vez que é razoável que a concessionária, ainda que o usuário não se utilize de toda a capacidade disponibilizada pela rede, pretenda se ressarcir dos elevados investimentos e dos dispendiosos custos de manutenção com sua colocação à disposição de quem dela necessita, embora não venha a se utilizar de forma contínua e nos montantes contratados; que,

portanto, a demanda contratada destina-se a remunerar os custos incorridos com a distribuição de energia elétrica, na intensidade contratada, concorrendo, como parcela distinta da energia consumida, para a determinação do valor da remuneração devida à concessionária; que, em se tratando de um serviço concedido, as tarifas cobradas são destinadas a remunerar a prestação adequada do serviço e a cobertura dos respectivos custos, além de assegurar à concessionária justa remuneração do capital empregado no melhoramento e na expansão dos serviços; e que a demanda contratada, com efeito, por não ser coisa móvel, não é passível de tradição nem pode ser consumida.

Sustenta, dessarte, que, segundo dispõe o art. 13, I, da Lei Complementar nº 87/96, a base de cálculo do imposto é o valor da operação, isto é, o valor do negócio jurídico de que resultem venda e a consequente entrega da energia elétrica, ao qual se incorporam todas as demais despesas incorridas até a entrega da mercadoria; que, para a determinação da base de cálculo do ICMS, deve ser considerado o valor integral da tarifa cobrada pela concessionária, na qual se compreende não só o valor da quantidade de energia consumida, como também o valor contratado do componente relativo à demanda de potência; e que construção jurisprudencial não pode restringir, onde a lei não o faz, a base de cálculo do ICMS.

Requer, portanto, seja o processo extinto por falta de legitimidade ativa, ou, quanto ao mérito, seja a sentença reformada, para julgar improcedente a ação.

Contrarrazões foram apresentadas às f. 409/414, refutando o apelado a preliminar suscitada e pugnando pela procedência dos seus pedidos.

É o relatório.

Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário, uma vez presentes seus requisitos de admissibilidade.

A princípio, cumpre analisar a preliminar suscitada pelo apelante de ilegitimidade ativa do P.A.L.. para ajuizar ação declaratória c/c repetição de indébito questionando a legalidade de incidência tributária e requerendo a condenação da Fazenda Pública estadual a restituir o indébito relativo ao ICMS indevidamente recolhido sobre demanda contratada em fatura de energia elétrica.

Após analisar detidamente os autos, entendo que, acompanhando recente entendimento consolidado no colendo Superior Tribunal de Justiça, assiste razão ao apelante, embora reconheça existirem respeitáveis entendimentos contrários.

Segundo dispõem os arts. 165, I, e 166 do CTN:

> Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:
> I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; [...].
> Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Verifica-se, com efeito, que o recolhimento indevido de tributo implica a obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte, detentor do direito subjetivo de exigi-lo.

Em se tratando dos denominados tributos indiretos, como o ICMS, a norma tributária prevista no art. 166 do CTN impõe que a restituição do indébito somente se faça ao contribuinte que comprovar haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido.

Ainda segundo o CTN:

> Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.
> Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:
> I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;
> [...].
> Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Infere-se dos dispositivos legais acima transcritos que contribuinte é aquele que, tendo relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, é obrigado ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, e, nessa qualidade, tem direito à repetição do indébito.

Com efeito, o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao contribuinte de direito, não se estendendo ao contribuinte de fato, que, consequentemente, não poderá acionar diretamente o Poder Público pleiteando a restituição de tributos, visto não ter com ele nenhuma relação jurídica.

De se ressaltar que a norma inserta no art. 166 do CTN deve ser interpretada sistematicamente, ou seja, em consonância com o que dispõem os arts. 165, 121 e 123 também do CTN.

E, nessa linha de raciocínio, a única interpretação a que se chega é a de que a lei, em nenhum momento, assegura ao terceiro que arque com o encargo financeiro do tributo a qualidade de contribuinte.

Dessarte, considerando-se que o autor, ora apelado, é, tão somente, o contribuinte de fato do ICMS, não há como reconhecer a sua legitimidade para

acionar o Poder Público estadual requerendo repetição de indébito relativo a ICMS recolhido indevidamente.

Esse é o mais recente entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, proferido quando do julgamento de caso idêntico ao presente, no qual se questionou a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica. Confira-se:

> Tributário. ICMS sobre energia elétrica. Demanda contratada. Encargo de capacidade emergencial ('seguro-apagão'). Consumidor em operação interna. Ilegitimidade ativa *ad causam*.
> 1. A jurisprudência do STJ vinha admitindo a legitimidade ativa processual do consumidor para discussão relativa ao ICMS sobre energia elétrica, especificamente quanto à demanda contratada.
> 2. Ocorre que, no julgamento do REsp 903.394/AL, sob o regime dos repetitivos (Rel. Ministro Luiz Fux, j. em 24.3.2010, *DJe* de 26.4.2010), a Primeira Seção, ao analisar pleito de distribuidora de bebidas relativo ao IPI, modificou o entendimento para afastar sua legitimidade ativa *ad causam*, porquanto somente o contribuinte de direito tem essa prerrogativa.
> 3. No caso da energia elétrica, embora o consumidor possa ser considerado contribuinte de fato, jamais o será de direito nas operações internas, pois não promove a circulação do bem, e tampouco há previsão legal nesse sentido.
> 4. Contribuinte de direito é o sujeito passivo que tem relação pessoal e direta com o fato gerador, nos termos do art. 121, parágrafo único, I, do CTN. Indicado na lei para ocupar o polo passivo da obrigação tributária, é também quem deve, em última análise, recolher o tributo ao Fisco.
> 5. Assim, contribuinte de direito é, por definição, aquele e somente aquele determinado pela lei.
> 6. Contribuinte de fato é quem suporta o ônus econômico do tributo, ou seja, a quem a carga do tributo indireto é repassada, normalmente o consumidor final.
> 7. No caso do ICMS sobre energia elétrica, a Constituição Federal e a LC 87/1996 não deixam dúvidas quanto ao contribuinte de direito: a) nas operações internas, contribuinte é quem fornece a energia, nos termos do art. 4º, *caput*, da LC 87/1996; e b) nas operações interestaduais, há imunidade nos termos do art. 155, § 2º, X, da CF.
> 8. Nas operações internas, não há como afirmar que o consumidor possa ser contribuinte de direito do ICMS. Inexiste lei que o inclua no polo passivo da relação tributária. A ele não compete recolher o imposto ao Fisco estadual. Em sentido inverso, a Fazenda não cogita promover execuções fiscais contra o consumidor nessa hipótese, o que certamente seria rejeitado pelo Judiciário.
> 9. Pode-se até discutir se a concessionária promove a saída da energia ou simplesmente a intermedeia e, com isso, questionar sua condição de contribuinte (*v.g.* AgRg no Ag 933.678/SC, Rel. Min. Luiz Fux), matéria estranha à presente demanda. Isso, entretanto, não permite concluir que o consumidor é contribuinte de direito, sem que haja previsão legal nesse sentido.
> 10. Se inexiste previsão legal em relação ao consumidor da energia nas operações internas, pode-se cogitar de contribuinte de fato, no máximo; nunca, porém, de contribuinte de direito, o que seria uma contradição em seus próprios termos.
> 11. A imunidade sobre operações interestaduais com energia elétrica (art. 155, § 2º, X, *b*, da CF) é absolutamente peculiar, pois se refere exclusivamente à operação interestadual, e não à interna subsequente. Afasta-se a tributação em relação ao Estado de origem, mas isso não aproveita ao consumidor final. O beneficiário é o Estado de destino, que aufere a totalidade do tributo. Apesar de críticas doutrinárias, é a jurisprudência pacífica do STF.
> 12. Se o adquirente da energia elétrica na operação interestadual revende-a ou emprega-a em processo industrial, não se credita de nada a título de ICMS (pois não houve incidência na operação de entrada). Com isso, ao revender a energia ou o produto industrializado, ele recolherá o tributo estadual integralmente ao Estado em que se localiza (destino), que é, como dito, o beneficiário da sistemática. Ou seja, há incidência e contribuinte apenas em relação à revenda ou à circulação do produto industrializado, e não sobre a aquisição da energia.
> 13. Quando o adquirente da energia elétrica na operação interestadual é consumidor final, ou seja, não a revende ou a emprega industrialmente, deverá recolher o ICMS sobre essa aquisição integralmente ao Fisco de seu Estado (destino), na condição de contribuinte, conforme a norma excepcional do art. 4º, parágrafo único, IV, da LC 87/1996.
> 14. Esta é, portanto, a única hipótese em que o adquirente de energia elétrica é contribuinte de direito do ICMS (art. 4º, parágrafo único, IV, da LC 87/1996): se a obtiver em operação interestadual e não destiná-la à comercialização ou à industrialização, ou seja, no caso de ser consumidor final em operação interestadual.
> 15. A autora da ação é empresa que adquire energia elétrica em Mato Grosso da concessionária local de energia, as Centrais Elétricas Matogrossenses S.A. - Cemat.
> 16. Trata-se de operações internas de energia elétrica, em que contribuinte de direito é quem promove a saída, aquele indicado na lei para ocupar o polo passivo da relação tributária, que não se confunde com o consumidor, nos termos do art. 4º, *caput*, da LC 87/1996.
> 17. Adotando a nova orientação do STJ, fixada no julgamento do REsp 903.394/AL, sob o regime dos repetitivos, somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para a demanda relativa ao tributo indireto, o que não é o caso da recorrida.
> 18. Recurso especial provido (STJ, REsp 928875/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, data do julgamento: 11.05.2010, data da publicação/Fonte: *DJe* de 01.07.2010).

Na oportunidade, transcrevo a ementa do julgado paradigma, qual seja o REsp nº 903.394/AL, através do qual este Tribunal Superior mudou seu entendimento:

> Processo civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C do CPC. Tributário. IPI. Restituição de indébito. Distribuidoras de bebidas. Contribuintes de fato. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Sujeição passiva apenas dos fabricantes (contribuintes de direito). Relevância da repercussão econômica do tributo apenas para fins de condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte *de jure* à restituição (artigo 166 do CTN). Litispendência. Prequestionamento. Ausência. Súmulas 282 e 356/STF. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. Aplicação.
> 1. O 'contribuinte de fato' (*in casu*, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo 'contribuinte de direito' (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

2. O Código Tributário Nacional, na seção atinente ao pagamento indevido, preceitua que:
'Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento , ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:
I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;
II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;
III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.
Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la'.
3. Consequentemente, é certo que o recolhimento indevido de tributo implica na obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte detentor do direito subjetivo de exigi-lo.
4. Em se tratando dos denominados 'tributos indiretos' (aqueles que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (artigo 166 do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça ao contribuinte que comprovar haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido.
5. A exegese do referido dispositivo indica que:
'[...] o art. 166 do CTN, embora contido no corpo de um típico veículo introdutório de norma tributária, veicula, nesta parte, norma específica de direito privado, que atribui ao terceiro o direito de retomar do contribuinte tributário, apenas nas hipóteses em que a transferência for autorizada normativamente, as parcelas correspondentes ao tributo indevidamente recolhido:
Trata-se de norma privada autônoma, que não se confunde com a norma construída da interpretação literal do art. 166 do CTN. É desnecessária qualquer autorização do contribuinte de fato ao de direito, ou deste àquele. Por sua própria conta, poderá o contribuinte de fato postular o indébito, desde que já recuperado pelo contribuinte de direito junto ao Fisco. No entanto, note-se que o contribuinte de fato não poderá acionar diretamente o Estado, por não ter com este nenhuma relação jurídica. Em suma: o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao denominado contribuinte de direito. Porém, uma vez recuperado o indébito por este junto ao Fisco, pode o contribuinte de fato, com base em norma de direito privado, pleitear junto ao contribuinte tributário a restituição daqueles valores.
A norma veiculada pelo art. 166 não pode ser aplicada de maneira isolada, há de ser confrontada com todas as regras do sistema, sobretudo com as veiculadas pelos arts. 165, 121 e 123 do CTN. Em nenhuma delas está consignado que o terceiro que arque com o encargo financeiro do tributo possa ser contribuinte. Portanto, só o contribuinte tributário tem direito à repetição do indébito.
Ademais, restou consignado alhures que o fundamento último da norma que estabelece o direito à repetição do indébito está na própria Constituição, mormente no primado da estrita legalidade. Com efeito a norma veiculada pelo art. 166 choca-se com a própria Constituição Federal, colidindo frontalmente com o princípio da estrita legalidade, razão pela qual há de ser considerada como regra não recepcionada pela ordem tributária atual. E, mesmo perante a ordem jurídica anterior, era manifestamente incompatível frente ao Sistema Constitucional Tributário então vigente.' (Marcelo Fortes de Cerqueira, in *Curso de Especialização em Direito Tributário* - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho, Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 390/393.)
6. Deveras, o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do 'contribuinte de fato' (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo), à luz do disposto no artigo 166 do CTN, não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de restituição de indébito.
7. À luz da própria interpretação histórica do artigo 166 do CTN, dessume-se que somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o polo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do 'tributo indireto' indevidamente recolhido (Gilberto Ulhôa Canto, 'Repetição de Indébito', in *Caderno de Pesquisas Tributárias*, nº 8, p. 2-5, São Paulo, Resenha Tributária, 1983; e Marcelo Fortes de Cerqueira, in *Curso de Especialização em Direito Tributário* - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho, Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 390/393).
8. É que, na hipótese em que a repercussão econômica decorre da natureza da exação, 'o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo não participa da relação jurídica tributária, razão suficiente para que se verifique a impossibilidade desse terceiro vir a integrar a relação consubstanciada na prerrogativa da repetição do indébito, não tendo, portanto, legitimidade processual' (Paulo de Barros Carvalho, in *Direito Tributário* - Linguagem e Método, 2. ed., São Paulo, 2008, Ed. Noeses, p. 583).
9. *In casu*, cuida-se de mandado de segurança coletivo impetrado por substituto processual das empresas distribuidoras de bebidas, no qual se pretende o reconhecimento do alegado direito líquido e certo de não se submeterem à cobrança de IPI incidente sobre os descontos incondicionais (artigo 14 da Lei 4.502/65, com a redação dada pela Lei 7.798/89), bem como de compensarem os valores indevidamente recolhidos àquele título.
10. Como cediço, em se tratando de industrialização de produtos, a base de cálculo do IPI é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria do estabelecimento industrial (artigo 47, II, *a*, do CTN), ou, na falta daquele valor, o preço corrente da mercadoria ou sua similar no mercado atacadista da praça do remetente (artigo 47, II, *b*, do CTN).
11. A Lei 7.798/89, entretanto, alterou o artigo 14 da Lei 4.502/65, que passou a vigorar com a seguinte redação:
'Art. 14. Salvo disposição em contrário, constitui valor tributável:
[...]
II - quanto aos produtos nacionais, o valor total da operação de que decorrer a saída do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial.
§ 1º O valor da operação compreende o preço do produto, acrescido do valor do frete e das demais despesas acessórias, cobradas ou debitadas pelo contribuinte ao comprador ou destinatário.
§ 2º Não podem ser deduzidos do valor da operação os

descontos, diferenças ou abatimentos, concedidos a qualquer título, ainda que incondicionalmente.
[...]'
12. Malgrado as Turmas de Direito Público venham assentando a incompatibilidade entre o disposto no artigo 14, § 2º, da Lei 4.502/65, e o artigo 47, II, a, do CTN (indevida ampliação do conceito de valor da operação, base de cálculo do IPI, o que gera o direito à restituição do indébito), o estabelecimento industrial (*in casu*, o fabricante de bebidas) continua sendo o único sujeito passivo da relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência do fato imponível consistente na operação de industrialização de produtos (artigos 46, II, e 51, II, do CTN), sendo certo que a presunção da repercussão econômica do IPI pode ser ilidida por prova em contrário ou, caso constatado o repasse, por autorização expressa do contribuinte de fato (distribuidora de bebidas), à luz do artigo 166 do CTN, o que, todavia, não importa na legitimação processual deste terceiro.
13. *Mutatis mutandis,* é certo que:
'1. Os consumidores de energia elétrica, de serviços de telecomunicação não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações.
2. A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade *ad causam* para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.
3. Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista.
4. Nos termos da Constituição e da LC 86/97, o consumo não é fato gerador do ICMS.
5. Declarada a ilegitimidade ativa dos consumidores para pleitear a repetição do ICMS.' (RMS 24.532/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 26.08.2008, *DJe* 25.09.2008)
14. Consequentemente, revela-se escorreito o entendimento exarado pelo acórdão regional no sentido de que 'as empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detém legitimidade ativa para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa' .
15. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução *STJ* 08/2008 (STJ, REsp 903394/AL, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, data do fulgamento: 24.03.2010, data da publicação/Fonte: *DJe* de 26.04.2010).

Dessa feita, conforme entendimento firmado pela Primeira Seção do colendo STJ, o consumidor não possui legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre a operação de circulação de energia elétrica.

Assim sendo, a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada merece acolhimento.

Pelo exposto, acolho a preliminar suscitada e, reformando a sentença, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC.

Inverto o ônus da sucumbência fixado na sentença.
É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEIXOTO HENRIQUES e WANDER MAROTTA.

Súmula - ACOLHERAM PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA E EXTINGUIRAM O PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

...

Ação de divisão de terras - Ausência de comprovação da qualidade de condômino - Ilegitimidade ativa - Extinção do processo

Ementa: Apelação cível. Ação de divisão de terras. Ausência de comprovação da qualidade de condômino. Ilegitimidade para a propositura da ação. Extinção do processo sem resolução do mérito.

- É imprescindível para a propositura da ação de divisão de terras que o titular do direito de propriedade imobiliária que se pretende dividir comprove sua qualidade de condômino.

- Ausentes os documentos comprobatórios dessa sua condição, tem-se como parte ilegítima aquele que ajuizou a respectiva ação.

Extinção do processo sem resolução do mérito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0710.10.001190-1/001 - Comarca de Vazante - Apelante: S.R.S. - Apelados: M.A.M.R. e J.C.R. - Relator: DES. VEIGA 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2011. - *Veiga de Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VEIGA DE OLIVEIRA - Trata-se de apelação interposta por S.R.S., às f. 55/58, contra sentença de f. 49/52, proferida pela Meritíssima Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Vazante nos autos da ação de divisão de terras, que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, ao acolher a preliminar de ile-

gitimidade de parte arguida pelos apelados devido à falta de documentos imprescindíveis para a propositura da ação, como a certidão de óbito do pai da apelante, bem como a condição de condômina das terras que pretende ver divididas, visto que não trouxe aos autos o formal de partilha decorrente do respectivo inventário dos bens deixados por seu pai.

Aduz, em síntese, que houve equívoco na decisão ora combatida, pois a ausência da certidão de óbito é uma falta que pode ser suprida a qualquer momento por meio da emenda da inicial. Além disso, não há necessidade de demonstrar que a área foi inventariada, pois consta dos autos a existência do imóvel, inclusive escritura de cessão de direitos dos outros herdeiros para os apelados, demonstrando que a área adveio mediante abertura de sucessão pela morte de seu pai.

Em sede de contrarrazões (f. 63/65) requereram os apelados fosse negado provimento ao recurso, mantendo-se a sentença primeva pelos seus próprios fundamentos.

É este, em epítome, o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Pela análise dos autos, observa-se que não assiste razão à apelante, já que ausentes os documentos imprescindíveis à propositura da ação de divisão de terras.

A ação de divisão geodésica está prevista no art. 946, inciso II, do Código de Processo Civil, *verbis*:

> Art. 946. Cabe:
> [...]
> II - a ação de divisão, ao condômino para obrigar os demais consortes, a partilhar a coisa comum.

Antônio Cláudio da Costa Machado, comentando o dispositivo em questão, afirma que a

> ação de divisão é o procedimento especial de jurisdição contenciosa por cujo intermédio se busca fazer valer o direito subjetivo estabelecido pelo art. 1.320, *caput*, primeira parte do CC, que dispõe: 'A todo o tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum [...]' (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*, 2. ed. rev. e atual, p. 1.518/1.519).

De outro lado, deve-se levar em conta que, para a propositura da ação de divisão, aquele que tiver o interesse na extinção do condomínio deverá atender a certos requisitos indispensáveis, sob pena de não ter acolhida a sua pretensão. Para tanto, deve atentar para o que dispõe o art. 967 do digesto processual civil, que assim determina, *verbo ad verbum*:

> Art. 967 - A petição inicial, elaborada com observância dos requisitos do art. 282 e instruída com os títulos de domínio do promovente, conterá:
> I - a indicação da origem da comunhão e a denominação, situação, limites e característicos do imóvel;
> II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência de todos os condôminos, especificando-se os estabelecidos no imóvel com benfeitorias e culturas;
> III - as benfeitorias comuns.

O mesmo autor já citado anteriormente, desta feita comentando o dispositivo legal susotranscrito, assim se posiciona sobre a matéria:

> [...] o *caput* que ora nos ocupa reconhece como indispensável à propositura da ação divisória o título do domínio do promovente, isto é, o instrumento público, ou particular com força de público, levado a registro e que demonstra a propriedade ou outro direito real como usufruto, o uso, ou a enfiteuse que o autor exerça em comunhão com outrem (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*, 2. ed. rev. e atual, p. 1.533).

Dessa forma, resta evidente que, para a propositura da ação de divisão de terras, a apelante deveria, necessariamente, ter instruído sua petição inicial com documentos que comprovassem sua condição de condômina, qualidade essa fundamental para se pretender obrigar os demais a partilhar a coisa comum. E, segundo dispõe o parágrafo único do art. 1.791 do Código Civil, até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e a posse da herança, será indivisível e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

Compulsando-se os autos, verifico que as escrituras públicas de compra e venda e a de cessão de direitos, meação, herança e possessórios não comprovam que a apelante é, de fato, condômina das áreas a serem divididas, não havendo sequer menção a seu nome. Assim, não há documento capaz de comprovar o que foi alegado por ela, apelante, já que poderia ser feito por meio do formal de partilha, documento apto a demonstrar que o imóvel foi dividido entre os herdeiros.

A apelante, conforme preceitua o art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, não se desincumbiu do ônus de demonstrar sua qualidade de condômina, motivo pelo qual deve ser considerada parte ilegítima para a propositura da ação de divisão de terras.

Pelo exposto, nego provimento à apelação, mantendo integralmente a sentença objurgada.

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - De acordo com o Relator.

DES. PAULO ROBERTO PEREIRA DA SILVA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Manutenção de posse - Ausência de turbação - Captação de água de nascente

Ementa: Ação possessória. Manutenção de posse. Ausência de turbação. Captação de água de nascente.

- A ação de manutenção de posse tem lugar quando há a prova da posse, bem como da turbação sofrida (atos concretos que ameaçam a posse), sendo uma ação de força turbativa de natureza normalizadora.

- A ação de manutenção de posse tem caráter dúplice, podendo o réu também aviar, por meio de sua contestação, pretensão de proteção possessória e ressarcimento de eventuais prejuízos causados pela parte *ex adversa*.

- A ausência de caracterização da turbação na captação da água impede a concessão da tutela de manutenção de posse.

Primeiro e segundo apelos não providos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0012.04.001285-3/001 - Comarca de Aiuruoca - Apelantes: 1º) A.C.S.F., 2º) C.P.C.M. - Apelados: C.P.C.M., A.C.S.F. - Relator: DES. CABRAL DA SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Cabral da Silva, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO E SEGUNDO APELOS.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2011. - *Cabral da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziram sustentação oral, pelo 1º apelante, o Dr. Wander Paulo Brasil Pinto e, pelo 2º apelante, o Dr. Rogeston Inocêncio de Paula.

DES. CABRAL DA SILVA - Adoto o relatório do Juízo *a quo*, às f. 134/135, por representar fidedignamente os fatos ocorridos em primeira instância.

Foram interpostas duas apelações, a primeira por A.C.S.F., às f. 318/321, e a segunda por C.P.C.M., às f. 324/328, em face da sentença de f. 303/309, prolatada pela MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Aiuruoca nos autos de "ação de manutenção de posse", a qual julgou improcedente o pedido inicial.

Aduz o 1º apelante, em síntese, que merece ser substituído o *decisum* do il. Juízo *a quo*, pois haveria a r. sentença incorrido em *error in judiciando*

> no que concerne à existência de turbação praticada pelo réu, através de barramento de argila e aumento da altura deste, desviando assim, parcialmente, o manancial d'água, para obter maior quantidade d'água em sua propriedade.

Sustenta que

> no período de seca, com o aumento da altura do barramento de argila dentro do manancial d'água por parte do Réu e em primeiro plano, é lógico que as captações situadas abaixo deste, a exemplo daquela pertencente ao autor, não serão abastecidas.

Por sua vez, o segundo apelante sustenta o caráter dúplice da ação possessória, afirmando que "o autor praticou vários esbulhos contra o réu, foi requerida a proteção possessória de reintegração de posse, produzindo, para tal, vasta prova documental, fotográfica, pericial e testemunhal". Pugna, ao final, pelo reconhecimento do caráter dúplice da tutela possessória, condenando-se "o autor pelos esbulhos praticados contra o réu, na forma requerida no item 'Da proteção possessória', à f. 33 da contestação e no item 7.2 – 'Dos requerimentos', às f. 258/259 das alegações finais".

Devidamente intimado, o 2º apelado apresentou suas contrarrazões às f. 331/333, aduzindo, em síntese, que, ao julgar a ação de manutenção na posse improcedente, julgou-se "improcedente a ação de atentado ajuizada pelo recorrente, mesmo porque naquela ação não se reconheceu a existência de qualquer turbação ou esbulho praticados pelo recorrido".

Já o 1º apelado, às f. 335/339, apresentou suas contrarrazões aduzindo que "foi o autor que introduziu todas as modificações nas captações de água ali existentes, praticando vários esbulhos antes da propositura da presente ação, agindo de má-fé, justamente para inverter a posição dos polos ativo e passivo". Diz que, "sendo o réu o primeiro prédio a receber e captar a água, não existe lógica e nem sentido em praticar qualquer turbação ou esbulho nas captações abaixo da sua". Afirma que o autor é quem turba a posse dos demais que usufruem da servidão de água.

Este é o breve relatório.

Pela identidade de pretensões, analisarei em conjunto ambas as apelações interpostas.

Como é cediço, a manutenção de posse tem lugar quando há a prova da posse, bem como da turbação sofrida (atos concretos que ameaçam a posse), sendo uma ação de força turbativa de natureza normalizadora da posse. Conforme anota Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> A ação de força turbativa é o remédio utilizado para corrigir agressões que perturbam ou turbam a posse. Visa eliminar a incerteza jurídica suscetível de ser despertada pela turbação cometida. [...] Tem caráter normalizador e pode ser utilizado quando houver turbação da posse (*Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 831).

Dispõe o Codex Processual Civil, acerca da matéria, que:

> Art. 926. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho.
> Art. 927. Incumbe ao autor provar:
> I - a sua posse;
> II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
> III - a data da turbação ou do esbulho;
> IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Outrossim, consoante disposição do art. 922 do CPC:

> a ação de manutenção de posse tem caráter dúplice, podendo o réu também aviar, por meio de sua contestação, pretensão de proteção possessória e ressarcimento de eventuais prejuízos causados pela parte *ex adversa*.

Sobre tal questão, anotam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que:

> O art. 922 do CPC permite que o réu, na própria contestação - e assim sem a necessidade de reconvenção -, possa se voltar contra o autor, demandando proteção possessória e indenização. Assim, outorga-se ao réu o direito de requerer duas tutelas na própria contestação. Proposta ação de reintegração de posse, o réu em sua contestação pode demandar manutenção, alegando que a posse é sua e, assim, que sofreu turbação - ou mesmo esbulho, embora já tenha retomado a posse de mão própria. Diante disso, pode ainda postular indenização pelos danos sofridos. O mesmo raciocínio é válido na hipótese inversa, em que proposta ação de manutenção de posse. Em ambos os casos, embora o réu possa requerer tutela do direito na contestação, dispensando-se a reconvenção, cabe-lhe obviamente afirmar e provar os seus direitos à proteção possessória e à indenização (art. 333, I, CPC) (*Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 845).

Feitas tais considerações, há que se ressaltar que a tutela possessória aviada não prescinde de caracterização da turbação, sem a qual se torna impossível a formação de objeto do julgado que proteja tanto o autor quanto o réu. O col. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já afirmou que "independentemente de a turbação ser qualificada como de fato ou de direito, não se pode olvidar que, em qualquer hipótese, a *vis inquietativa* somente se caracteriza se a violação efetivamente puser em xeque o usufruto da posse" (REsp 768102/SC - Relatora Ministra Nancy Andrighi - *DJe de* 30.04.2008). Ou seja, não é qualquer turbação que merece a proteção possessória, mas apenas aquela que efetivamente pode fundar temor de fruição da posse.

In casu, com a devida vênia, nem o autor tampouco o réu provaram sofrer turbação em sua posse, havendo de ser mantida a conclusão da r. sentença do Juízo primevo.

De fato, a análise dos depoimentos das testemunhas e informantes de f. 221/237 não comprova qualquer turbação necessária para o acolhimento da pretensão de manutenção de posse. Cinge-se a controvérsia à utilização de captação de água em nascente de terreno de terceiro, sendo a captação do réu (uma pousada) mais alta e antiga que a captação do autor (casa de fim-de-semana), fundando-se a querela em eventual abuso do primeiro na captação da água, fato que nos tempos de seca deixaria o autor sem água em sua propriedade.

Não se trata sequer de hipótese de servidão de águas, regulada pelos arts. 1.290 do CC/2002 e 565 do CC/1916, pois a água se encontra em propriedade de terceiro, o qual em nada se opõe à utilização da nascente que surge em sua propriedade.

Os depoimentos apenas revelam que, nos tempos de seca, a água eventualmente pode não ser suficiente para todas as captações existentes, não havendo qualquer indício de que qualquer das partes tenha obstado a realização de captação de água pelas outras.

Verifica-se, assim, que eventualmente a água da nascente não é suficiente a todas as captações, favorecendo-se, por óbvio, aquela que primeiro ser realiza por questão simplesmente topográfica.

Igualmente, não se provou qualquer ato de depredação de captação entre as partes, a qual pudesse redundar em alguma indenização em virtude do caráter dúplice da ação possessória.

Ex positis, nego provimento à primeira e à segunda apelações.

Custas, em meio a meio.

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - Peço vista.

Notas taquigráficas

DES. CABRAL DA SILVA (Presidente) - O julgamento deste feito veio adiado na sessão do dia 04.04.2011, a pedido do Desembargador Revisor, quando, então, o Desembargador Relator negava provimento aos recursos.

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - Pedimos vista dos autos na sessão de julgamento do dia 04.04.2011 para nova análise dos autos, mas acompanhamos o voto do em. Relator, que nega provimento a ambos os recursos, já que a discussão sobre a posse, na verdade, trata de discussão sobre prejuízo causado em razão de obras que tornariam abusiva a captação de

águas pelos proprietários dos terrenos. Como em relação à posse não foi comprovada a ocorrência de esbulho ou turbação, a ação possessória não é meio adequado para a resolução da questão, sendo correta a sentença de improcedência dos pedidos.

Diante disso, nego provimento a ambos os recursos.

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - Também de acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO E SEGUNDO APELOS.

...

Nunciação de obra nova - Direito de vizinhança - Distância de metro e meio do imóvel vizinho - Inexistência de janela - Imóvel prejudicado pela construção - Não comprovação

Ementa: Procedimento especial. Nunciação de obra nova. Direito de vizinhança. Distância de metro e meio do imóvel vizinho. Inexistência de janela. Desnecessidade. Imóvel prejudicado pela construção. Não comprovação.

- Sem que tenha sido demonstrado que a obra iniciada na propriedade do réu tem repercutido e trazido prejuízos à propriedade vizinha, não há como ser deferida a paralisação da obra.

- Não há proibição para a construção de obra a menos de metro e meio de distância do imóvel vizinho quando neste ou naquele não há janela, eirado, varanda ou terraço, nos termos do art. 1.301 do CC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0132.08.012515-7/001 - Comarca de Carandaí - Apelante: M.A.P.C. - Apelada E.A.A. - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de abril de 2011. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

Notas taquigráficas

FERNANDO CALDEIRA BRANT - Registro inicialmente ter recebido memoriais escritos por parte da apelante, ao qual dei atenção. As questões estão tratadas em meu voto a seguir.

Trata-se de apelação contra a r. sentença de f. 97/103, proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Carandaí, nos autos da ação de nunciação de obra nova proposta por M.A.P.C. em face de E.A.A.

A autora ajuizou o feito narrando que é proprietária e reside em imóvel limítrofe em relação ao edifício objeto da lide.

Explicou que nos últimos meses deparou com obra vizinha à sua residência, sem respeitar limite de espaçamento razoável entre prédios, de tal modo que passou a interferir na privacidade de seu domicílio em razão de janela situada em distância inferior ao mínimo determinado em legislação civil.

Afirmou que a Prefeitura do Município de Carandaí estabeleceu que a distância mínima a ser mantida entre edificações de até dois pavimentos é de 1,5 metros, conforme Lei Complementar 49/2006.

Requereu a prestação jurisdicional para que a ré fosse compelida a demolir a parte da construção edificada em desacordo com a lei.

A sentença julgou improcedente a pretensão inicial, resolvendo o processo com análise do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC. A requerente foi condenada ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor da causa, suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade de justiça deferida.

A autora interpôs recurso, trazendo suas razões às f. 106/111. Explica que a ação teve como objetivo demonstrar a ilegalidade de parte de obra de edificação em desconformidade com a Lei complementar nº 49/2006. Narra todo o ocorrido no litígio e insurge-se contra a sentença, afirmando que a Magistrada desconsiderou a repercussão da obra no que diz respeito à manutenção de uma política de desenvolvimento urbano favorável ao meio ambiente e ao bem estar dos cidadãos.

Prossegue afirmando que a requerida desrespeitou o art. 1.301 do CC e alegando que o desenvolvimento do espaço urbano deve pautar-se por uma política que permita uma convivência pacífica entre moradores, o que se faz através de limitações impostas ao direito de construir e de propriedade. Acusa a edificação realizada pela ré de não atender ao preceito constitucional de política urbana, afirmando que o vão que se formou entre as construções é de difícil acesso e permite o acúmulo de resíduos e água parada, contribuindo para o contágio de doenças infecto contagiosas. Defende que a construção realizada pela requerida viola também sua privacidade auditiva e pleiteia, ao final, o provimento do recurso para que a apelada seja compelida a construir observando a distância de um metro e meio entre as paredes.

Sem preparo, por estar litigando sob o pálio da justiça gratuita, o recurso foi recebido à f. 114 verso.

Contrarrazões às f. 117/125 requerendo a manutenção da sentença.

Conheço do recurso, visto que presentes todos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Compulsando os autos, tenho que não assiste razão à apelante.

Inicialmente, importante pontuar, conforme bem leciona Orlando Gomes, que para haver conflito de vizinhança, é preciso que um ato do proprietário de um prédio, ou o estado em que o mantém, repercuta no prédio vizinho, causando ao seu morador prejuízo ou incômodo (GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: 2004, p. 215/216).

Cumpre ainda acrescentar, nas palavras do respeitável doutrinador:

> O princípio geral a que se subordinam as relações de vizinhança é o de que o proprietário não pode exceder seu direito de forma que venha prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que habitam o prédio vizinho (GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 223).

A ação de nunciação de obra nova tem previsão no art. 934 do CPC, que descreve:

> Art. 934. Compete esta ação:
> I - ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado;
> II - ao condômino, para impedir que o coproprietário execute alguma obra com prejuízo ou alteração da coisa comum;
> III - ao Município, a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, do regulamento ou de postura.

Logo, o exercício do direito de construir está limitado, em atenção ao direito dos vizinhos.

Todavia, no caso que aqui se analisa, em que pesem as alegações da apelante, diante do conjunto probatório acostado aos autos, não restou demonstrado que existam danos no imóvel de sua propriedade em virtude da obra realizada pela requerida.

O Código Civil no art. 1.301 proíbe a construção de janelas a menos de metro e meio de terreno vizinho, podendo-se fazer o raciocínio contrário para concluir que é defeso construir muro a menos de metro e meio de janela vizinha.

Contudo, não obteve êxito a autora em demonstrar que a requerida tenha descumprido a legislação pertinente ao tema.

Conforme pode ser observado, segundo toda a documentação anexada aos autos, a construção realizada pela ré se deu de maneira regular. A própria autora anexou à f. 16 um ofício expedido pelo CREA-MG, no qual consta que, em vistoria realizada em 11.06.2008, "foi constatado que a referida obra já tinha sido fiscalizada em 29.03.2007", quando foram apresentados os documentos solicitados, sendo assim a obra se encontra regularizada perante o CREA-MG.

Além disso, consta no projeto à f. 17, também anexado com a exordial, carimbo da Prefeitura do Município de Carandaí aprovando o projeto e a planta conforme o desenho.

Em depoimento com termo à f. 76, Domingos Sávio Abritta Lourença, identificando-se como engenheiro civil da Prefeitura, confirmou:

> que conhece os imóveis das partes; que sabe dizer que a construção feita pela requerida, se encontra parte na divisa e a outra parte afastada a uma distância de um metro e meio; [...] que de acordo com o protocolo n. 2.561, de 11 de agosto de 2001, o projeto de construção foi autorizado pela Prefeitura Municipal, tendo em seguida sido expedido o alvará; que a construção feita pela requerente observa a distância de um metro e meio da divisa para abertura de janela; que na outra parte que não tem abertura para janela não se observa a distância de um metro e meio, uma vez que está construído na divisa [...] que para abertura de janelas deve ser observado o afastamento contínuo entre o imóvel e a divisa, ou seja, não havendo abertura para janelas, é permitida a construção na divisa, de acordo com o Código de Postura Municipal.

Nesse sentido, restou patente que não houve irregularidade alguma na construção realizada pela apelada, mesmo quanto à parte que se encontra construída a menos de metro e meio do imóvel da apelante, visto que tal parte diz respeito à fração do imóvel na qual não existem janelas.

Não é demais relembrar que o limite de 1,5 metros de distância imposto pelo Código Civil, tal como exposto alhures, se refere a locais nos quais existam janelas, eirado, terraço ou varanda, como pode ser conferido no art. 1.301 da legislação mencionada.

O próprio amigo da autora, Sr. Francisco Carlos da Costa, que em razão da relação de amizade nem mesmo prestou compromisso, à f. 78 reiterou aquilo que foi dito pelo engenheiro, que teve parte do depoimento transcrito alhures:

> que conhece os dois imóveis objetos da ação; que sabe dizer que parte da construção da requerida observa a distância de um metro e meio, em seis metros de parede; que a outra parte não observa a mencionada distância; que na parte em que não se observa o limite de um metro e meio na construção do imóvel da requerida, não tem janelas.

Dessa maneira, não pode obter êxito a autora em sua pretensão, prejudicando construção realizada pela ré de maneira regular.

Sem que tenha sido demonstrado pelas provas coligidas aos autos que a obra iniciada na propriedade da apelada tenha repercutido e trazido prejuízos à propriedade da apelante, não há que sofrer reforma a sentença.

Firme em tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença.

Custas, pela apelante, suspenso o pagamento em razão da gratuidade de justiça que lhe foi deferida.

DES. MARCELO RODRIGUES - Compulsando os autos, nada obstante compactue com o posicionamento do eminente Relator, Des. Fernando Caldeira Brant, peço vênia para ressalvar meu posicionamento acerca da necessidade de observância dos estritos limites legais pela apelada, sob pena de fazer surgir para a apelante o seu direito de ação.

De fato, as fotografias demonstram que parte da construção está sendo realizada a apenas 80 cm de distância da casa da apelante.

Todavia, não se pode falar neste momento ainda, seja em violação à legislação local, seja em violação à legislação federal (Código Civil) ou mesmo às regras básicas do direito de vizinhança.

Notadamente, além de a própria Prefeitura Municipal ter aprovado o projeto e a planta da construção que vem sendo efetivada pela apelada, a interpretação do disposto no art. 59 da Lei Complementar 049/2009 (Plano Diretor) do Município de Carandaí-MG (f. 13) cumulado com o disposto no art. 1.301 e parágrafos, do Código Civil de 2002, impõe reconhecer a legitimidade da conduta até então adotada pela apelada.

Ou seja, nada obstante seja autorizada a construção de paredes e muros com distância inferior a metro e meio entre imóveis vizinhos, ficou expressamente vedada qualquer abertura nas mesmas, por menor que seja ela, o que foi devidamente respeitado pela apelada.

E, conforme se extrai dos autos, inclusive depoimento das testemunhas de f. 76/77 e 78, não há que se falar até então em irregularidades capazes de ensejar o acolhimento da pretensão da autora.

Ressalte-se que eventuais aberturas na parede construída pela apelada configurarão o direito da apelante de obter o embargo liminar das mesmas.

E, com tal ressalva, à luz destas considerações, acompanho o posicionamento exarado pelo eminente Relator, para negar provimento ao recurso.

É como voto.

DES. MARCOS LINCOLN - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Adjudicação compulsória - Ação de natureza pessoal - Competência relativa - Foro de eleição - Possibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Adjudicação compulsória. Ação de natureza pessoal. Competência relativa. Foro de eleição. Possibilidade.

- A ação de adjudicação compulsória é de natureza pessoal, visto que o objeto da demanda é o suprimento judicial do cumprimento de uma obrigação de fazer, qual seja a de transferência definitiva do imóvel.

- Sendo o direito à adjudicação compulsória de caráter pessoal, não há que se falar na aplicação da regra de competência do foro da situação do imóvel, prevista no art. 95 do CPC, porquanto, como enuncia o próprio dispositivo, a competência só será absoluta "nas ações fundadas em direito real sobre imóveis".

- Havendo expressa previsão de cláusula de eleição de foro no contrato e estando o autor autorizado a optar pelo foro de eleição (art. 95 do CPC, *in fine*), deverá prevalecer o foro eleito.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CV Nº 1.0223.10.013962-3/001 - Comarca de Divinópolis - Agravante: J.A.S. - Agravado: A.E.D. - Relator: DES. BATISTA DE ABREU

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos em DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, VENCIDO O SEGUNDO VOGAL.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2011. - *Batista de Abreu* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BATISTA DE ABREU - Trata-se de agravo de instrumento interposto por J.A.S. contra decisão de f. 44/46-TJ, proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Divinópolis, que, nos autos da ação de adjudicação compulsória, ajuizada em face de Antônio Eustáquio Doche, declarou a incompetência do Juízo para conhecer do pedido e determinou a remessa dos autos a uma das Varas Cíveis da Comarca de Itapecerica/MG.

O Juízo *a quo* se deu por incompetente ao fundamento de que a doutrina e a jurisprudência têm considerado competente para o julgamento das ações de adjudicação compulsória o *forum rei sitae*, sob o fundamento de tratar-se de uma ação real imobiliária; que se trata de regra de competência absoluta, a qual incide independentemente da vontade das partes devendo o magistrado, de ofício, aplicá-la; que não há que se falar na prevalência do foro de eleição, tratando-se de competência absoluta, foro *rei sitae*, inderrogável.

Alega o agravante que o contrato particular de promessa de compra e venda firmado entre as partes elegeu o foro da Comarca de Divinópolis para ação ou questão relativa a este, com exclusão de qualquer outro;

que a parte agravada suscitou a incompetência territorial do Juízo *a quo* para conhecimento e julgamento da causa, pugnando pela competência do Juízo de Itapecerica/MG; que se trata de adjudicação compulsória, visando apenas suprir a declaração de vontade omitida pelo promitente vendedor; que o contrato fora firmado em Divinópolis, local do domicílio do autor, bem como das testemunhas; que o foro de eleição renuncia a qualquer outro.

Requereu a concessão do efeito suspensivo ao recurso e que, ao final, seja dado provimento ao presente agravo de instrumento, para reformar a decisão agravada declarando como competente para julgar e processar a demanda o Juízo da Comarca de Divinópolis/MG.

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo na decisão de f. 52-v.-TJ.

Intimado, o agravado não apresentou contraminuta (f. 54-TJ).

É o relatório.

Como visto, J.A.S. ajuizou ação de adjudicação compulsória em face de A.E.D., perante o Juízo da Comarca de Divinópolis/MG, foro eleito, requerendo a adjudicação do imóvel objeto do contrato particular de promessa de compra e venda (f.17/18-TJ) estabelecido entre as partes.

O réu, ora agravado, em sede de contestação suscitou preliminar de incompetência absoluta do Juízo da Comarca de Divinópolis/MG, pleiteando o reconhecimento da competência do Juízo da Comarca de Itapecerica/MG para julgar e processar o feito, visto que, nos termos do art. 95 do CPC, "nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa".

O Juízo *a quo* sob o fundamento de que, nos termos do art. 95 do CPC, se trata de competência absoluta, inderrogável, declarou de ofício a incompetência para conhecer do pedido e determinou a remessa dos autos para uma das Varas Cíveis da Comarca de Itapecerica/MG.

Inconformado, o autor interpõe o presente agravo de instrumento.

In casu, cabe aqui analisar se a ação de adjudicação compulsória tem natureza real, como entendeu o Juízo *a quo*, ou natureza pessoal como sustenta o agravante.

Discordando do que entendeu o Magistrado de primeira instância, *data venia*, tenho por certo que a ação de adjudicação compulsória é de natureza pessoal. Isso porque o objeto da demanda não é outro senão o suprimento judicial do cumprimento de uma obrigação de fazer, qual seja a de transferência definitiva do imóvel.

Sobre o mesmo assunto Sílvio de Salvo Venosa, citando Ricardo Arcoverde Credie, nos ensina:

> [...] Enfatiza-se, dessa forma, como fazia a doutrina, ser pessoal e não real a natureza da ação de adjudicação compulsória. Nesse sentido se manifestara expressamente Ricardo Arcoverde Credie (1991:32), em monografia sobre o tema definindo-a como 'a ação pessoal que pertine ao compromissário comprador, ou ao cessionário de seus direitos à aquisição, ajuizada com relação ao titular do domínio do imóvel - (que tenha prometido vendê-la através do contrato de compromisso de venda e compra e se omitiu quanto à escritura) - tendente ao suprimento judicial desta outorga, mediante sentença constitutiva com a mesma eficácia do ato não praticado' (in *Direito civil direitos reais*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, v. 5, p. 503).

Assim, sendo o direito à adjudicação compulsória de caráter pessoal, não há que se falar na aplicação da regra de competência do foro da situação do imóvel, prevista no art. 95 do CPC, porquanto, como enuncia o próprio dispositivo, a competência só será absoluta "nas ações fundadas em direito real sobre imóveis".

Isso posto, no caso dos autos, assiste razão ao agravante, uma vez que, havendo expressa previsão de cláusula de eleição de foro no contrato (Cláusula Quinta, inciso V, do contrato de f. 17/18-TJ) e estando o autor autorizado a optar pelo foro de eleição (art. 95 do CPC, *in fine*), deverá ser respeitada a vontade das partes quando da contratação, prevalecendo o foro de Divinópolis/MG.

Com essas considerações, dou provimento ao presente agravo de instrumento para declarar como competente para apreciar e julgar a ação proposta o douto Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Divinópolis/MG.

Custas recursais, pelo agravado.

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - Acompanho o eminente Desembargador relator para dar provimento ao recurso uma vez que, não havendo nos autos prova do registro do contrato de compra e venda do imóvel objeto do litígio, a princípio, a demanda versa sobre direito pessoal.

Desta feita, há que prevalecer o foro eleito no contrato, ou seja, da comarca de Divinópolis.

DES. WAGNER WILSON FERREIRA - Peço vênia para divergir do Desembargador Relator.

Apesar de o art. 111 do Código de Processo Civil estabelecer que a competência fixada em razão do território é relativa e, portanto, passível de derrogação pelas partes ou modificação pela conexão, existem algumas regras de competência estabelecidas em razão do território, mas que, no entanto, têm natureza absoluta.

No art. 95 do aludido diploma encontram-se algumas daquelas exceções, vejamos:

> Art. 95. Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.

Em relação ao assunto, expõe o doutrinador Humberto Theodoro Júnior, em sua obra *Curso de direito processual civil*, 47. ed., v. I, p. 198:

> aplica-se o *forum rei sitae* às ações reais imobiliárias, isto é, nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro de situação da coisa [...] A competência em questão é territorial e, por isso, relativa (art. 111). Mas torna-se excepcionalmente absoluta e inderrogável quando o litígio versar sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.

No mesmo sentido, os ensinamentos de Nelson Nery Júnior e Rosa Nery:

> para as ações fundadas em direito real sobre imóveis, é competente o foro da situação da coisa (*forum rei sitae*), tendo em vista que o juiz desse lugar, por exercer ali sua função, tem melhores condições de julgar essas ações, aliado ao fato de que as provas, normalmente, são colhidas mais direta e facilmente. Embora esteja topicamente no capítulo de competência territorial (relativa), trata-se de competência funcional, portanto absoluta, não admitindo prorrogação nem derrogação de vontade das partes (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed., p. 350).

Na hipótese dos autos, a ação de origem consiste em uma adjudicação compulsória, cuja natureza, se real ou pessoal, já foi objeto de intensos debates.

Prevalece, todavia, que a ação de adjudicação compulsória tem natureza real, sendo fundada em direito de propriedade, não sendo possível a alteração do foro competente para o eleito no contrato:

> Adjudicação compulsória. Foro da situação do imóvel. Competência absoluta. Como a ação de adjudicação compulsória versa sobre direito real de propriedade, a competência para o seu processamento e decisão é do foro da situação da coisa (*forum rei sitae*), segundo o CPC 95 2ª parte, competência essa de natureza absoluta, não comportando prorrogação nem derrogação por vontade das partes (CPC 111) (*RT* 631/90) (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed., p. 351).

> Recurso especial. Ação de adjudicação. Exceção de competência. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Acórdão que analisou fundamentadamente toda a controvérsia. Juízo competente. Foro da situação do imóvel. Acórdão recorrido em harmonia com o entendimento firmado por esta Corte Superior. Recurso improvido. (REsp nº 773.942 - SP. Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, *DJ* de 05.05.2008.)

> Agravo de instrumento. Ação de adjudicação compulsória. Foro competente. Situação do imóvel. Art. 95 do CPC. - A ação de adjudicação compulsória, por ser fundada em direito real sobre bem imóvel, deve ser proposta no foro da situação do imóvel, conforme dispõe a primeira parte do art. 95 do CPC, ainda que as partes não residam naquela comarca. (TJMG Processo nº 1.0707.08.158354-4/001. Des. Rel. Valdez Leite Machado. Data da publicação: 17.03.2009. Extraído do sítio www.tjmg.jus.br.)

Assim, prevalece o foro da situação da coisa sobre o de eleição contratual, bem como sobre a prevenção, já que a competência absoluta, como visto, é inderrogável pelas partes e imodificável pela conexão.

Conclusão.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, pelos agravantes.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, VENCIDO O SEGUNDO VOGAL.

...

Dissolução parcial de sociedade - Dois sócios - Possibilidade - Art. 1.033, IV, do Código Civil - Inteligência - Falta de interesse de agir - Acordo dissolutório homologado em juízo familiar - Falta de cumprimento - Medida executiva

Ementa: Apelação. Dissolução parcial de sociedade. Acordo homologado em juízo familiar. Falta de interesse de agir.

- Não tem interesse de agir o cônjuge para requerer dissolução parcial de sociedade firmada com o outro cônjuge, se já foi homologado acordo em ação de separação judicial que excluiu um deles da sociedade, pendente apenas de cumprimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0518.10.015547-3/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelante: W.L.S.R. - Apelada: A.V.T.I.L. - Relator: DES. TIAGO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador José Affonso da Costa Côrtes, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2011. - *Tiago Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIAGO PINTO - W.L.S.R. moveu ação de dissolução parcial de sociedade à Agência de Viagens e Turismo Iretur Ltda. Narrou ser sócia da ré, juntamente com C.I., que era seu cônjuge. Segundo a autora, no processo de separação entre eles, ficou acordado que a empresa ré ficaria tão somente com seu ex-cônjuge, C.I., acordo esse que foi devidamente homologado pelo juízo da separação. Contudo, segundo ela, até a presente data o seu ex-cônjuge não efetivou a alteração do contrato social na Junta Comercial, pelo que pede a dissolução parcial da sociedade, para que fosse dela excluída.

O Juízo de primeira instância indeferiu a inicial e julgou extinto o feito sem resolução de mérito. Assentou, no decisório, que é impróprio o pedido de dissolução parcial de sociedade com apenas dois sócios. E também que já existe pronunciamento judicial colocando termo à sociedade, no processo de separação judicial, e que caberia tão somente a execução do acordo.

A autora opôs embargos de declaração, pedindo que fosse esclarecido qual o motivo do indeferimento da inicial, que foram rejeitados pelo Juízo *a quo*.

Da sentença, a autora manejou recurso de apelação. Argumentou a possibilidade jurídica do pedido de dissolução parcial de sociedade composta por apenas dois sócios, pelo rompimento da *affectio societatis*, sendo possível a existência de sociedade unipessoal pelo prazo de 180 dias. Ainda, apontou a competência da vara cível para a apreciação do pedido da exordial, e que a competência não seria do juízo familiar. Sobre isso, sustentou que apenas busca a emissão de preceito declaratório que a exclua do quadro societário, a fim de que a decisão judicial possa substituir a negligência do seu ex-cônjuge, que não cumpriu o acordo homologado no juízo familiar. Ao final, pediu a reforma da decisão recorrida, com o regular processamento do feito.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Foram dois os motivos ensejadores do indeferimento da inicial. Um, de que seria impróprio pedido de dissolução parcial de sociedade composta por dois sócios. Dois, de que já houve pronunciamento judicial a colocar termo na sociedade, apenas pendente de cumprimento.

Pois bem.

Em relação ao primeiro tópico, tem razão a apelante.

Há, sim, possibilidade de se requerer dissolução parcial de sociedade composta por apenas dois sócios. É que, a despeito da exigência de pluralidade de sócios para a constituição de sociedade, a regra comporta exceções, como, por exemplo, o interregno entre a saída de um dos dois sócios remanescentes até a inclusão de um novo sócio, pelo que se extrai do art. 1.033, IV, do Código Civil.

Veja-se o entendimento da jurisprudência sobre o tema:

> Processual civil - Apelação - Ação de dissolução parcial de sociedade limitada - Perda do *affectio societatis* e contrato de prazo indeterminado - Sociedade de apenas dois sócios - Princípio da conservação da empresa - Possibilidade - Recurso não provido. - Provado o desaparecimento da *affectio societatis* em sociedade por cotas de responsabilidade limitada de trato indeterminado, formada por dois sócios, admite-se sua dissolução parcial, podendo subsistir por tempo limitado, com um único sócio, viabilizando a continuidade de seus fins sociais. O sócio remanescente tem o prazo de 180 dias, a partir da data do registro da dissolução parcial da sociedade, para reconstituir a sociedade com novo sócio (Apelação 1.0079.05.191444-2/001(1) - TJMG - Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino - j. em 09.08.2007).

Assim, há possibilidade jurídica do pedido, não havendo que se imputar impróprio o pedido feito pela autora, ao menos sob este argumento.

Contudo, esse não foi o único motivo a ensejar o indeferimento da inicial. Outro argumento foi a existência de pronunciamento judicial (através de homologação de acordo), colocando fim à sociedade entre a autora e seu ex-cônjuge.

Sobre isso, nota-se que, de fato, já houve pronunciamento judicial sobre a questão. A sentença declaratória que coloca fim à sociedade entre as partes é totalmente desnecessária no caso em comento, pois o juízo familiar já homologou o acordo que determinou a exclusão da autora da sociedade ré. Apenas está pendente de cumprimento o acordo.

O descumprimento do acordo não retorna a necessidade de um pronunciamento de mérito sobre a questão, através de processo de conhecimento. A hipótese dos autos é, então, de medida executiva, seja através de execução ou cumprimento de sentença, no próprio juízo familiar, seja através de ação autônoma, de obrigação de fazer. Mas, repita-se, não há interesse de agir em propositura de um processo de conhecimento, tal como a ação de dissolução de sociedade, que apenas declararia o que já está declarado, a exclusão da autora da sociedade.

Ainda, ao contrário do que afirma a apelante, não se trata de declaração de incompetência do juízo, ou mesmo de reconhecimento de competência do juízo familiar, a demandar a remessa dos autos àquele juízo, já que a ação de dissolução de sociedade também lá não seria recebida, pois seria competente para processar o pedido de execução ou cumprimento de sentença. Não é o juízo escolhido que se encontra equivocado, mas o procedimento. Vale dizer, o indeferimento da inicial não se deveu à incompetência do juízo, mas, sim, à falta de interesse de agir em relação a um pronunciamento judicial declaratório, através de processo de conhecimento.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo o indeferimento da inicial.

Custas recursais, pela apelante, ficando suspensa a exigibilidade por litigar ela sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO BISPO e JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação reivindicatória - Comodato verbal indeterminado - Imóvel - Desocupação - Liminar - Ausência de notificação premonitória

Ementa: Agravo de instrumento. Ação reivindicatória. Comodato verbal indeterminado. Desocupação de imóvel. Liminar. Ausência de notificação premonitória. Indeferimento.

- A ação reivindicatória é aquela proposta pelo proprietário que não tem a posse, contra o não proprietário que detém a posse, visando à recuperação de bem, cujo domínio lhe pertence.

- No contrato de comodato, ainda que verbal, por prazo indeterminado, o comodante somente estará habilitado a retomar o imóvel, mediante ação reivindicatória, se antes constituir em mora o comodatário, através de notificação premonitória, em que se justificariam os motivos do pedido e a vontade de desocupação do comodatário.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0439.10.016319-5/001 - Comarca de Muriaé - Agravantes: C.F.F. e M.C.D.F. - Agravados: P.R.F. e M.P.O. Relator: DES. WANDERLEY PAIVA

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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2011. - *Wanderley Paiva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDERLEY PAIVA - Cuida a espécie de recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo c/c pedido de tutela antecipada recursal, interposto por C.F.F. e outros, em face da decisão de f. 16/17-TJ, da lavra do MM. Juiz da primeira instância, Dr. Marcelo Picanço de Andrade Von Held, que, nos autos da ação reivindicatória, indeferiu a liminar pleiteada sob o argumento de que não estão presentes os requisitos necessários, sendo que a posse exercida pelos agravados se dá há mais de ano e dia.

Em suas razões recursais, f. 04/14-TJ, os agravantes sustentam, em suma, que, conforme entendimento pacificado na jurisprudência, é perfeitamente cabível o pedido de tutela antecipada após ano e dia, REsp 201219/ES.

Aduzem ainda que poderá o juiz antecipar algum efeito prático decorrente do pedido declaratório, sendo que a eficácia declaratória ou certeza é contemporânea ao trânsito em julgado, não podendo, pois, ser antecipada. A declaração, para conferir segurança ou certeza, não pode ser provisória, revogável ao longo do procedimento.

Alegam que, cumpridos os requisitos do art. 273 do CPC, afigura-se plenamente cabível a concessão de tutela antecipada em ações meramente declaratórias, pois serão antecipados os efeitos que só seriam verificados após a certeza jurídica exposta na sentença.

Afirmam também que possuem prova inequívoca, de forma a convencer o juiz da verossimilhança da alegação e o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório dos agravados.

Ao final, pugnou pelo recebimento do presente agravo de instrumento e concessão de efeito suspensivo e a antecipação da tutela recursal para compelir os agravados a se retirarem do imóvel em caráter de urgência e ao final que seja dado provimento ao recurso para reformar a decisão fustigada e confirmar o pedido liminar, ora rogado, restituindo os agravantes na posse do imóvel objeto do litígio.

Diante das circunstâncias e da matéria agravada, e por não vislumbrar os requisitos do art. 558 do CPC, foi negado o pedido de antecipação de tutela recursal (f. 56/60-TJ).

Sem contraminuta em razão da ausência de contraditório.

O MM. Juiz singular prestou as informações, mantendo a r. decisão fustigada, alegando ter os agravantes cumprido o disposto no art. 526 do CPC (f. 64/TJ).

É o relatório. Decido.

Recurso tempestivo. Ausente o preparo uma vez que os agravantes se encontram sob o pálio da assistência judiciária gratuita. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Ab initio, muito embora o Magistrado *a quo* tenha tratado da questão sob a ótica de ação possessória, entendo que o mesmo laborou em equívoco, pois resta claro que trata o presente feito de ação reivindicatória, como exposto na inicial.

Nesse aspecto, é de se gizar que a ação reivindicatória não se confunde com as ações possessórias típicas, pois, embora se revista de caráter possessório, tem por fundamento o domínio, é ação dominial. É, portanto, ação de natureza petitória, pois a parte autora (proprietária) invoca o *ius possidendi* (direito à posse), pedindo uma posse que nunca teve. A proprietária tem o domínio e pretende ter a posse, a qual não tinha antes.

Portanto, a ação reivindicatória é aquela proposta pelo proprietário que não tem a posse, contra o não proprietário que detém a posse, visando à recuperação de bem, cujo domínio lhe pertence.

Desse modo, essa ação cabe ao adquirente de bem para haver a sua posse, contra terceiro que injusta-

mente detenha a coisa, devendo ser instruída com a prova do domínio.

Pois bem.

Cuida a espécie de ação reivindicatória ajuizada por C.F.F. e M.C.D.F. em face de P.R.F. e M.P.O. Afirmam os agravantes que são os legítimos proprietários de imóvel, situado na cidade de Patrocínio de Muriaé, no qual, por mera liberalidade dos autores, primeiro residiam os pais do 1° autor, e, posteriormente, com a morte destes em 2006, passaram a residir os réus, respectivamente irmão e cunhada do 1° autor.

Porém, em outubro de 2010, o agravado começou a fazer reformas no referido imóvel sem a autorização dos proprietários, o que levou os autores, ora agravantes, a requererem, verbalmente, a sua saída do imóvel no prazo de 30 dias. No entanto, os agravados não saíram do imóvel, o que levou os agravantes a propor a presente ação reivindicatória requerendo, liminarmente, a desocupação compulsória e restituição do mesmo.

O MM. Juiz indeferiu o pleito liminar, uma vez que "a posse exercida pelos réus possui força velha".

Em face dessa decisão, os agravantes interpuseram o presente agravo de instrumento.

Observando atentamente o caso em tela, parece-me que se trata de um contrato de comodato verbal, por prazo indeterminado, uma vez que os agravantes, a título gratuito, permitiram que os agravados residissem em imóvel de sua propriedade.

O comodato é tratado no Código Civil, no art. 579 e constitui empréstimo gratuito de coisa infungível.

Dessa forma, por se tratar de comodato, além da prova do domínio por parte do proprietário do imóvel, faz-se necessária a notificação do possuidor, por escrito e com prazo determinado, para a desocupação do imóvel, com o objetivo de comprovar a efetiva constituição em mora, e consequentemente para se configurar a posse injusta.

No caso dos autos, às f. 39/40-TJ verifica-se escritura de compra e venda do imóvel em nome dos agravantes, o que, em princípio, é prova de domínio do imóvel, contudo não se verifica prova da constituição em mora dos comodatários, agravados, apenas BO em que é relatado episódio de discussão e agressão entre as partes, f. 41/44-TJ.

Ora, a posse só restará caracterizada como injusta após o rompimento do contrato mediante notificação premonitória, em que se justificariam os motivos do pedido e a vontade de desocupação do comodatário.

É o entendimento jurisprudencial:

> Ementa: Direito civil. Ação reivindicatória. Requisitos. Comodato. Usucapião. Benfeitorias. - O êxito da ação reivindicatória depende da comprovação da propriedade da área reivindicada, da sua correta individualização e da prova da posse injusta exercida pelo réu sobre o imóvel. A posse de imóvel decorrente de comodato verbal torna-se injusta a partir da notificação judicial do possuidor para desocupá-lo. Incabível o reconhecimento de usucapião em favor daquele que possui o imóvel por força de contrato de comodato verbal. As benfeitorias feitas no interesse do comodatário confundem-se com as despesas de uso e não geram direito de retenção do imóvel e indenização (TJMG - Apelação Cível n° 1.0287.06.027451-4/001 - 12ª Câmara Cível - Rel. Des. José Flávio de Almeida - data do julgamento: 06.04.2011).
>
> Ementa: Agravo de instrumento. Comodato. Reivindicatória. Ausência de notificação. Falta de pressuposto e condição da ação. - Em se tratando de comodato verbal, a posse injusta só se caracteriza depois do rompimento do contrato, mediante notificação prévia. Sem ela, a extinção do processo sem resolução de mérito é medida que se impõe, nos termos do art. 267, IV, do CPC (TJMG - Agravo de Instrumento Cível n° 1.0106.09.041291-2/001 - 12ª Câmara Cível - Rel. Des. Saldanha da Fonseca - data do julgamento: 17.03.2010).
>
> Ementa: Ação de reintegração de posse. Reivindicatória. Ocupação do imóvel por ato de mera tolerância ou comodato. Notificação premonitória. Necessidade. - A ocupação do imóvel pelo réu, seja por ato de mera tolerância ou por comodato verbal, somente pode ser considerada como esbulho após notificação para sua retirada do bem, pelos seus proprietários, sendo tal ato premonitório pressuposto de constituição válida e regular da ação reivindicatória ou de reintegração de posse (TJMG - Apelação Cível n° 1.0686.06.177965-4/001 - 16ª Câmara Cível - Rel. Des. Otávio portes - data do julgamento: 27.02.2008).
>
> Ementa: Comodato. Rescisão do contrato. Reintegração de posse ou revindicatória. Propriedades das ações. Requisitos. Constituição em mora. Necessidade. Falta de pressuposto e condição da ação. Para os casos de recuperação da posse de imóvel dado em comodato, oferece a lei ao comodante a oportunidade de postular ação possessória ou ação reivindicatória, mas exige-se naquela a presença da prova da posse pretérita do autor esbulhada e nesta a demonstração do domínio da coisa pelo registro imobiliário, e de que o réu a possua ou a detenha injustamente, fazendo mister, no caso de contrato por tempo indeterminado, a notificação prévia, rompendo o ajuste, que coloque em mora o comodatário, pressuposto e condição da ação necessária a incursão da análise do mérito (TJMG - Apelação Cível n° 1.0024.07.473030-0/001 - 11ª Câmara Cível - Rel. Des. Duarte de Paula - *DJ* de 13.06.2008).

Dessa forma, não tendo os agravantes notificado previamente os agravados da intenção de extinguir o comodato e reaver o imóvel, não há que se falar em liminar para desocupação do imóvel.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso e, por fundamento diverso, mantenho a decisão agravada.

DES.ª SELMA MARQUES - De acordo com o Relator.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação monitória - Falecimento da parte - Habilitação - Determinação após a prolação da sentença - Possibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Habilitação. Determinação após a prolação da sentença. Possibilidade.

- A habilitação tem lugar em qualquer fase do processo e ocorre quando, em decorrência do falecimento das partes, os sucessores houverem de lhes suceder no processo, nos exatos termos dos arts. 1.055 e seguintes do CPC, cujo procedimento não altera o teor da decisão anteriormente publicada, cujas exceções estão previstas no art. 463 do CPC.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0480.01.025347-8/001 - Comarca de Patos de Minas - Agravante: T.A.M. - Agravado: A.J.D.M. - Relator: DES. ANTÔNIO BISPO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador José Affonso da Costa Côrtes, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2011. - *Antônio Bispo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO BISPO - T.A.M. agrava da decisão de f. 46-TJ, proferida nos autos da ação monitória movida por A.J.D.M., que suspendeu o processo por 10 dias, para que seja regularizado o polo ativo, tendo em vista a informação de que houve encerramento do inventário, promovendo-se a habilitação da parte, nos termos dos arts. 1.055 a 1.062 do CPC.

Das razões recursais (f. 02/08-TJ) consta, em síntese, que o MM. Juiz *a quo* entendeu por rever parcialmente sua própria sentença, visto que, após encerrado seu ofício jurisdicional, determinou o restabelecimento da relação processual, para que se promovesse a habilitação dos sucessores da parte falecida.

Com essas considerações, requereu a agravante, liminarmente, a concessão de efeito suspensivo. Ao final, seja provido o recurso, reformando-se a decisão agravada, para que prevaleça a coisa julgada.

Recebidos os autos (art. 527, CPC), deferiu-se o efeito suspensivo (f. 53-TJ).

Nas informações (art. 527, IV, CPC), noticiou-se a manutenção da decisão agravada e o cumprimento do art. 526 do CPC (f. 58/59-TJ).

Sem contraminuta.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cinge-se a controvérsia a definir se agiu corretamente o MM. Juiz *a quo* ao determinar a habilitação da parte autora, na forma do art. 43 do CPC, mesmo após a prolação de sentença.

Pois bem.

Cuida-se de ação monitória proposta por A.J.D.M. em face do agravante/réu, T.A.M., tendo este apresentado embargos à monitória, os quais foram julgados improcedentes (decisão de f. 11/16-TJ).

No decorrer da tramitação processual, o autor A.J.D.M. faleceu, razão pela qual, na forma do art. 43 do CPC, foi deferida a substituição do polo ativo para o respectivo espólio, representado pelo inventariante L.A.M. (f. 16-TJ).

Inconformado com a decisão de improcedência dos embargos monitórios, o agravante interpôs recurso de apelação (f. 18/32-TJ) e noticiou que o inventário dos bens deixados pelo falecido autor A.J.D.M. já se havia encerrado com regular partilha em 22.03.2010, razão pela qual não haveria que se falar na figura do espólio.

Diante disso, o MM. Juiz *a quo* proferiu a decisão agravada, nos seguintes termos:

> Considerando a informação trazida pelo réu em seu recurso e confirmada pelo inventariante de que houve o encerramento do inventário, suspendo o processo por 10 dias, para que seja regularizado o polo ativo. No referido prazo, deverá ser sanada a irregularidade mencionada acima, promovendo-se a necessária habilitação da parte (arts. 1.055 a 1.062 do CPC), a qual poderá ser realizada nos próprios autos, desde que se enquadre no disposto no art. 1.060, I, do CPC, comprovando-se a qualidade dos sucessores.

Nesse diapasão, o MM. Juiz *a quo* não inovou a sentença de f. 11/16-TJ, cujos fundamentos permanecem intactos, sobretudo em relação à improcedência dos pedidos formulados nos embargos à monitória.

Não obstante, a habilitação tem lugar em qualquer fase do processo e ocorre quando, pelo falecimento das partes, os sucessores houverem de lhes suceder no processo, nos exatos termos dos arts. 1.055 e seguintes do CPC, cujo procedimento não altera o teor da decisão anteriormente publicada, cujas exceções estão previstas no art. 463 do CPC.

Mediante tais considerações, nego provimento ao agravo de instrumento para manter a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Custas, pelo agravante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES e MAURÍLIO GABRIEL.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Embargos de terceiro - Ilegitimidade ativa do executado - Esposa do executado - Falta de intimação da penhora - Incomprovada a condição de casada - Nulidade da penhora afastada - Imóvel penhorado - Bem de família - Não comprovação

Ementa: Embargos de terceiros. Ilegitimidade ativa do executado. Falta de intimação da penhora à esposa do executado. Incomprovada a condição de casada. Nulidade da penhora afastada. Imóvel penhorado. Bem de família. Falta de comprovação. Sentença mantida.

- A pessoa que for parte no processo de execução não terá legitimidade para opor embargos de terceiros, visto a incompatibilidade de qualificação daquele.

- A condição de esposa do executado, para fins de arguição de nulidade do ato de penhora que não a tenha intimado, deverá ser comprovada por meio de certidão de casamento.

- Para que se reconheça um imóvel como sendo bem de família, é necessário que o executado comprove que o mesmo se destina à residência do casal ou da entidade familiar, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.009/90 e, além disso, que não possui outro com a mesma finalidade, conforme se extrai do art. 5º da referida lei.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0188.06.050596-6/001 em conexão com a Apelação Cível nº 1.0188.06.050676-6/001 - Comarca de Nova Lima - Apelantes: C.L.C. e outro - Apelado: Espólio de R.A., representado pelo inventariante G.R.A.- Relator: DES. GENEROSO FILHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Osmando Almeida, 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, 7 de junho de 2011. - *Generoso Filho* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo apelado, o Dr. Armando Quintão Bello de Oliveira Júnior.

DES. GENEROSO FILHO - Presentes os pressupostos que regem sua admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de recurso de apelação interposto por C.L.C. contra a r. sentença de f. 68/69 proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Lima, que, nos autos dos embargos de terceiros opostos contra R.A., extinguiu o processo, sem resolução de mérito, em relação a C.L.C., pois, na medida em que este é executado na ação principal, não pode, ao mesmo tempo, ser terceiro nestes embargos.

No mérito, o ilustre Magistrado rejeitou os embargos, mantendo a constrição sobre os bens penhorados, por entender que a embargante não comprovou que o bem é de família, tampouco que no imóvel existia qualquer construção ou benfeitoria, condenando-a ao pagamento das custas e honorários advocatícios de 10% sobre o valor dado à causa.

Opostos embargos de declaração de f. 71/73, eles foram rejeitados (f. 75).

Irresignados, os autores interpuseram recurso de apelação de f. 77/86, pretendendo a reforma da r. sentença, sustentando, em síntese, preliminar de legitimidade ativa de C.L.C., proprietário do bem de família que pretende proteger, bem como preliminar de nulidade da penhora do imóvel objeto dos embargos de terceiros, ante a falta de intimação da esposa, M.R.

No mérito, afirmaram que o imóvel é o único bem da família, local onde vivem e criam seus filhos, razão por que não poderia ter sido penhorado.

Nas contrarrazões de f. 93/98, o apelado pleiteou a manutenção da sentença, com a confirmação da ilegitimidade ativa de C.C., rejeição da preliminar de nulidade da penhora e julgamento de improcedência do pedido.

Conclusos os atos para minha relatoria, despachei determinando a intimação do apelado para regularizar sua representação processual (f. 105).

Em petição de f. 108/109, o apelado, por meio de seu procurador, informou o falecimento de R.A. e requereu a substituição processual, passando a figurar no polo passivo o espólio de R.A. Juntou a procuração devidamente assinada pelo inventariante G.R.A. (f. 110), bem como a certidão de óbito (f. 111) e a cópia da certidão da 4ª Vara de Sucessões e Ausência, que declara a existência do processo de Inventário nº 0024.07.781.581-9, para o qual foi nomeado como inventariante G.R.A. (f. 112), além da cópia do documento de identidade deste (f. 113).

Deferida a substituição processual, nos termos do art. 43 do CPC (f. 114).

Passo à análise das preliminares.

Legitimidade ativa.

C.L.C. afirma ser parte legítima para figurar nestes embargos de terceiros, já que ele é um dos proprietários do imóvel objeto da lide e tem direito de protegê-lo.

Dispõe o art. 1.046 do Código de Processo Civil:

> Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito,

> arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantenidos ou restituídos por meio de embargos.

Esse artigo é autoexplicativo no que se refere à legitimidade ativa para propor embargos de terceiros. Aliás, pelo próprio nome da ação já se conclui que essa ferramenta processual é destinada ao terceiro da lide principal.

Contudo, como C.C. é parte no processo de execução, fato comprovado pelo próprio quando afirma ter sido citado para penhora do bem em detrimento de sua esposa, é incompatível que seja considerado terceiro legítimo para propor estes embargos, razão pela qual a decisão que extinguiu os embargos de terceiros em relação a ele dever ser mantida.

Assim, rejeito a preliminar de legitimidade ativa.

Nulidade da penhora.

A embargante sustenta não ter sido intimada da penhora do bem imóvel, caracterizando-se, assim, a nulidade do ato. Entretanto, M.R.F.L.C. não juntou sequer certidão de casamento, o que impede de comprovar se realmente ela é casada com o proprietário do bem penhorado e, caso positivo, se já o era quando da ocorrência do ato de penhora.

Assim, não tendo a requerente comprovado o seu direito, como reza o art. 333, I, do CPC, ele deve ser julgado improcedente e, consequentemente, deverá ser rejeitada a preliminar de nulidade da penhora.

Diante disso, rejeito a preliminar de nulidade da penhora.

Mérito.

A embargante afirma que o imóvel objeto da adjudicação é bem de família, o que impede qualquer constrição sobre ele.

Para que se reconheça um imóvel como sendo bem de família, é necessário que o executado, ou, como neste caso, o terceiro, comprove que o mesmo se destina à residência do casal ou da entidade familiar, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.009/90 e, além disso, que não tem outro destinado à mesma finalidade, conforme se extrai do art. 5º da referida lei.

Nesse sentido:

> Execução por título extrajudicial. Embargos do devedor. Impugnação. Ausência. Revelia. Impossibilidade. Bem de família. Ônus da prova. Art. 333, I, do CPC. - Não há que se falar em configuração dos efeitos da revelia, à falta de impugnação dos embargos do devedor. Nos embargos do devedor, por constituir ação autônoma, o embargante tem o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito (art. 333, I, do CPC). O reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família necessita da comprovação de sua utilização para fins residenciais, o que não ocorreu *in casu*. Não comprovado ser o imóvel bem de família, deve ser mantida sua penhora (TJMG, Número do processo:1.0024.06.121344-3/001(1), Relatora Hilda Teixeira da Costa; j. em 26.06.2008; p. em 15.07.2008).

> Embargos de terceiro. Impenhorabilidade. Bem de família. Ausência de comprovação. Ônus da prova. Defesa da meação. Dívida contraída em benefício da família. Presunção relativa. Prova em contrário. Inexistência. - Não basta, para invocar a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90, que o imóvel seja o único de propriedade do casal. É necessário, ainda, prova inequívoca de que se destina à residência do núcleo familiar. Assim, não tendo a parte embargante, a quem cabe provar a qualidade de bem de família, demonstrado os requisitos previstos na Lei 8.009/90, subsiste a penhora levada a efeito sobre aquele. - Nos embargos de terceiro opostos pela mulher do executado, visando à defesa de sua meação, consoante entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência, a presunção é de que a dívida foi contraída em benefício da entidade familiar. Inexistindo nos autos prova capaz derruir tal presunção, inacolhível a pretendida exclusão (TJMG, Número do processo: 2.0000.00.509371-0/000(1), Relator Tarcísio Martins Costa; j. em 08.07.2008; p. em 19.07.2008).

No caso ora tratado, verifico que a embargante, ora apelante, cingiu-se a alegar que o imóvel penhorado seria bem de família, sem, contudo, comprovar os requisitos acima indicados.

Muito antes pelo contrário, e como muito bem apontado pelo ilustre Magistrado, o laudo pericial datado de 20.07.2004, apresentado às f. 79/135 dos autos da carta precatória nº 188.97.002092-4, em apenso, é categórico em afirmar que o imóvel em questão é um lote que "não possui benfeitorias e encontra-se tomado por vegetação densa" (f. 154-TJ).

Pelo exposto, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença.

Custas recursais, pela apelante.

Para fins do art. 506, III, do CPC, a síntese do presente julgamento é:

1 - Rejeitaram as preliminares de legitimidade ativa e de nulidade da penhora.

2 - Negaram provimento ao recurso.

3 - Custas recursais, pela apelante.

DES. OSMANDO ALMEIDA - De acordo.

DES. PEDRO BERNARDES - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Embargos à execução - Prática de agiotagem - Pagamento parcial do título executado - Não comprovação - Improcedência dos embargos

Ementa: Apelação cível. Embargos à execução. Herdeiro do credor. Pretensão de direito de herança. Inocorrência de confusão entre credor e devedor. Incoprovados prática de agiotagem e pagamento parcial do título executado. Improcedência dos embargos. Sentença mantida.

- A prática de agiotagem deve ser demonstrada pelo suposto prejudicado.

- Recibos de pagamentos sem a discriminação de terem sido destinados à quitação parcial do título executado não servem para desconstituí-lo.

Primeira apelação não provida e segunda apelação não conhecida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0481.06.054406-3/001 - Comarca de Patrocínio - 1º Apelante: C.B.S. e outra - 2º Apelante: S.H.M. - Apelados: S.H.M., C.B.S. e outra - Relator: DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Cabral da Silva, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NÃO CONHECER DA SEGUNDA APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2011. - *Gutemberg da Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - C.B.S. e S.B.S. interpuseram apelação pleiteando a reforma da sentença do MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Patrocínio, que julgou improcedentes os embargos à execução que lhes move S.H.M. (Processo nº 0481.04.033242-3), sob o fundamento de que elas não se desincumbiram de provar as alegações no sentido de que a dívida que ensejou o ajuizamento da execução, baseada em uma nota promissória, é fruto de agiotagem praticada pelo apelado, sobretudo porque o cheque juntado com a inicial, resgatado para emissão da promissória, não está nominal ao apelado, sua data foi rasurada, e as anotações em seu verso podem ter sido escritas por qualquer pessoa.

Alegaram que o apelado se atém à legalidade da nota promissória, mas não esclarece o negócio jurídico que lhe deu causa: a compra de gado cujo pagamento elas não conseguiram efetuar na data convencionada, momento em que ele começou a praticar agiotagem e anatocismo, com taxas de juros de 6,350% ao mês, muito superior à legal, que era de 0,5%, razão pela qual o título é nulo.

Sustentaram que o apelado fez vários cálculos no verso do cheque resgatado, comprovando a abusividade praticada, e esclareceram que agiotas não se valem de documentos para não constituir provas contra eles próprios.

Paralelamente, S.H.M. apresentou apelação, requerendo, em síntese, a revogação do benefício da assistência judiciária, concedido às apeladas, uma vez que elas são proprietárias de fazendas e outros bens imóveis, de grande plantel de gado de leite e de corte, máquinas agrícolas e benfeitorias e estão representadas por advogado particular.

Contrarrazões de S.H.M. às f. 120 a 124, e de C.B.S. e S.B.S. às f. 128 a 136.

É o relatório. Decido.

Conheço dos recursos, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Primeira apelação. Apelantes: C.B.S. e S.B.S.

As apelantes afirmam que o título executado é ilícito, pois decorrente de prática de agiotagem, além de afirmarem que ele não possui os requisitos essenciais, entre eles a exigibilidade. Por outro lado, garantem que já pagaram parte do valor da nota promissória, de acordo com os comprovantes que juntaram aos autos.

A despeito de as apelantes terem alegado que o título executado contém juros de 6,350%, não provaram a prática de agiotagem, ônus que lhes cabia, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, pelo que improcede essa alegação.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais é nesse sentido:

> Nos termos do art. 333, inciso I, do CPC, cabe ao autor da ação o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito e, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor. Apelação não provida. (Apelação Cível nº 1.0707.06.115105-6/002, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Pereira da Silva, *DJ* de 29.7.2008, fonte: *site* do TJMG.)

> A inversão do ônus da prova com fundamento no art. 3º da Medida Provisória 2.172-32, de 23 de agosto de 2001, somente tem aplicabilidade aos casos em que a usura é alegada para fins de declaração de nulidade de negócio jurídico, e não como defesa para obstar a constituição definitiva de mandado executivo em sede de ação monitória. (Apelçãqo Cível nº 1.0177.04.001049-4/001, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Fábio Maia Viani, *DJ* de 25.5.2007, fonte: *site* do TJMG.)

> A inversão do ônus da prova, na forma estabelecida pelo art. 3º da Medida Provisória nº 2.172-32/2001, impõe para o seu deferimento a verossimilhança da alegação de prática da agiotagem, o que, *in casu*, inexiste. (Apelação Cível nº 1.0035.07.094558-5/001, 13ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Cláudia Maia, *DJ* de 19.1.2009, fonte: *site* do TJMG.)

Os apelantes disseram que já pagaram R$ 47.500,00, conforme os cheques nº 850973 e nº 850974. No entanto, no recibo de recebimento dos mencionados cheques, consta que eles se destinaram à quitação parcial do valor aproximado de R$ 80.000,00, não fazendo nenhuma referência à nota promissória objeto desta ação. Os embargantes também juntaram

recibos, notas fiscais de pagamento de medicamentos e de despesas hospitalares, para comprovar pagamento parcial do título executado, mas, igualmente, em nenhum desses documentos consta a menção de que se referem à quitação parcial da nota promissória discutida.

Ressalta-se que o recibo emitido para pessoa diversa da dos autos não pode ser considerado como prova para esse feito.

Segunda apelação. Apelante: S.H.M.

A apelação não pode ser conhecida. O art. 473 do Código de Processo Civil dispõe:

> É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

No caso dos autos, contra a decisão que deferiu assistência judiciária às apeladas (f. 29), não foi interposto incidente de impugnação, em autos apartados, ou qualquer outro recurso, tratando-se, portanto, de matéria preclusa, o que impede sua reapreciação por via de recurso de apelação, interposto com a única finalidade de revogação daquele benefício.

Na verdade, decorrido o prazo para a oposição do incidente - via processual adequada para impugnação à assistência judiciária -, consuma-se a preclusão, momento a partir do qual a parte não poderá, ainda que por outras vias, praticar aquele ato processual, em razão de sua extemporaneidade.

Por essa razão, a concessão da assistência judiciária às apeladas não pode ser objeto de análise em recurso de apelação, dada a consumação da preclusão.

Pelo exposto, nego provimento à primeira apelação e não conheço da segunda, mantendo integralmente a sentença.

Custas recursais, pelas partes, igualmente.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE e CABRAL DA SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NÃO CONHECERAM DA SEGUNDA APELAÇÃO.

...

Indenização - Animais em rodovia - Negligência e imprudência do proprietário - Ressarcimento - Lesões físicas - Danos morais

Ementa: Apelação. Reses transitando em rodovias. Negligência e imprudência do proprietário. Ressarcimento. Lesões físicas. Danos morais.

- Age com negligência e imprudência o proprietário de reses que, ao não mantê-las cercadas, permite que elas transitem em rodovias, ocasionando acidentes com veículos que por ali trafeguem.

- O dono do animal deve ressarcir os danos por este causados, como determinado no art. 936 do Código Civil, salvo se comprovar culpa da vítima ou força maior.
- As lesões físicas sofridas em acidente, por si só, acarretam à vítima danos morais, a serem ressarcidos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0394.06.055026-3/001 - Comarca de Manhuaçu - Apelantes: 1º)J.J.M. - 2º) A.A.G. - Apelados: J.J.M. e A.A.G. - Relator: DES. MAURÍLIO GABRIEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador José Affonso da Costa Côrtes, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO. DAR PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2011. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Trata-se de ação ajuizada por A.A.G. visando ser indenizado pelos danos materiais e morais que alega ter sofrido em virtude da colisão da sua motocicleta com reses supostamente pertencentes ao réu J.J.M. (também mencionado com o nome de J.J. de M.).

Após o regular processamento, foi prolatada sentença que, ao julgar parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenou o réu a pagar ao autor

> os danos materiais referentes às despesas medicamentosas comprovadas e danos generalizados do veículo acidentado no valor de R$2.079,81 (dois mil setenta e nove reais e oitenta e um centavos), bem como os lucros cessantes advindos da paralisação de suas atividades laborativas estabelecidos no valor de R$200,00, valor este acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, contados da data do ilícito e correção monetária a partir do evento danoso (23/12/2005).

Em razão da sucumbência recíproca, cada parte foi condenada no pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, suspendendo-se a exigibilidade destes ônus em relação ao autor.

Não se conformando, J.J.M. interpôs recurso de apelação sustentando que não há prova de que as reses envolvidas no acidente sejam de sua propriedade.

Afirma, ainda, que o autor não comprovou exercer a profissão de *motoboy*, "ao pedir reparação dos danos decorrentes do acidente".

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, "julgando-se improcedente o pedido inicial".

Requer, ainda, os benefícios da assistência judiciária.

Parcialmente irresignado, A.A.G. também apresentou recurso de apelação alegando ter sofrido danos morais, a serem ressarcidos, uma vez que sofreu lesões físicas que o afastaram de suas atividades habituais pelo prazo de 20 (vinte) dias.

Argumenta, ainda, que os honorários advocatícios arbitrados na sentença devem ser majorados para, pelo menos, 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

Não houve apresentação de contrarrazões recursais.

O réu requereu os benefícios da assistência judiciária apenas por ocasião da interposição do recurso.

Esta postulação não foi enfrentada diretamente pelo ilustre Juiz da causa, que, em decisão exarada às f. 86, limitou-se a receber o recurso.

Portanto, ainda que implicitamente, concederam-se ao réu os benefícios pleiteados, pois, se assim não fosse, o seu recurso não poderia ser recebido, por estar desacompanhado do imprescindível preparo.

Por isso e por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Segundo relata o boletim de ocorrência policial, anexado às f. 9 e seguintes, no dia 23 de dezembro de 2005, o autor A.A.G. e F.F.M. transitavam, com suas motocicletas pela rodovia MG-111, quando, por volta das 21h30min, colidiram "com 02 animais bovinos nas cores chumbados", que se encontravam "no meio da pista de rolamento".

Consta, ainda, do mesmo boletim, que, "segundo os envolvidos", os animais seriam "de propriedade do Sr. J.J.M., vulgo 'J. da S.'" (f. 11).

Em sua defesa, acostada à f. 24, o réu assevera que as reses envolvidas no acidente não seriam de sua propriedade, pois o seu "gado" fica "preso nos pastos e não caminhando pelas estradas".

A prova colhida, todavia, desautoriza tais assertivas.

A testemunha J.B.V.A., embora não tenha visto as referidas reses, noticia que, na mesma noite do acidente, "ao voltar para a cidade", "encontrou no caminho, aproximadamente 02 km do local do acidente, bois que sabe pertencerem ao Réu" e que se encontravam "no acostamento da pista asfáltica".

Informa, ainda, que, "por precaução colocou tais animais no terreno que acredita ser do Sr. V." (f. 64).

Esse depoimento reforça e dá credibilidade às informações prestadas por M.C.M.F., que é taxativa ao "afirmar que o gado era do réu porque já havia visto aquele gado antes, inclusive sendo tocado e vigiado pelo réu" (f. 62).

Esta mesma testemunha, mãe de F., que também "foi vítima no acidente", relata "que seu filho entrou com uma ação contra o réu, mas desistiu da mesma, em razão de terem entabulado um acordo extrajudicial acerca do fato" (f. 62).

Essa informação, não questionada pelo réu, indica, de forma robusta, ser este o proprietário das reses envolvidas no acidente, pois, se assim não fosse, não teria entabulado com a vítima F. o noticiado acordo.

Não merece, pois, qualquer censura a sentença, ao imputar ao réu a culpa do acidente, pois age com negligência e imprudência o proprietário de reses que, ao não mantê-las cercadas, permite que elas transitem em rodovias, ocasionando acidentes com veículos que por ali trafeguem.

O dono do animal deve ressarcir os danos por este causados, como determinado no art. 936 do Código Civil, salvo se comprovar "culpa da vítima ou força maior", excludentes estas que, além de afastadas pelas provas colhidas, sequer foram levantadas neste caso.

A profissão do autor (*motoboy*), indicada na petição inicial (f. 2), na procuração por ele outorgada (f. 6) e no boletim de ocorrência policial (f. 9), não foi questionada na defesa apresentada pelo réu.

Trata-se, pois, de informação que, por não ter sido questionada, dispensa comprovação.

A impugnação à qualificação do autor feita apenas na apelação constitui indevida inovação recursal, o que impede o seu exame.

É certo que, em decorrência do acidente, o autor sofreu lesões corporais, tendo sido "atendido no SUS de Manhuaçu" e "liberado" (f. 11).

É igualmente certo que, em virtude das lesões, o autor permaneceu impossibilitado, por alguns dias, de exercer a sua profissão (cf. atestados médicos, às f. 15 e 16), o que, inclusive, ensejou a condenação do réu a lhe pagar, a título de lucros cessantes, a quantia de R$200,00 (f. 71).

As lesões físicas sofridas pelo autor, por si só, lhe acarretaram danos morais, a serem ressarcidos, a teor do disposto nos arts. 186 e 927 do Código Civil.

O valor da indenização por dano moral deve ser fixado examinando-se as peculiaridades de cada caso e, em especial, a gravidade da lesão, a intensidade da culpa do agente, a condição socioeconômica das partes e a participação de cada um nos fatos que originaram o dano a ser ressarcido, de tal forma que assegure ao ofendido satisfação adequada ao seu sofrimento, sem o seu enriquecimento imotivado, e cause no agente impacto suficiente para evitar novo e igual atentado.

Analisando os autos e atento aos princípios acima elencados, arbitro em R$ 4.000,00 (quatro mil reais) o valor da indenização por danos morais.

Este valor deve ser atualizado monetariamente, com base nos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça deste Estado, e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, tudo a partir da publicação do acórdão.

Consequentemente, os ônus sucumbenciais devem ser suportados unicamente pelo réu, pois foram acolhidos todos os pleitos formulados pelo autor.

Por se tratar de ação condenatória, os honorários advocatícios devem ser arbitrados na conformidade do disposto no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, ou seja, entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) do valor da condenação, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

A ação em exame, de mediana complexidade, tramita em comarca onde os advogados do autor possuem escritórios.

Assim, embora reconhecendo o extremo zelo profissional do referido advogado, tenho como justa e adequada à espécie a fixação dos honorários sucumbenciais no percentual fixado na sentença.

Com essas considerações: 1º) nego provimento à primeira apelação, apresentada pelo réu J.J.M.; e 2º) dou parcial provimento à segunda apelação, ofertada por A.A.G., apenas para condenar o réu a também pagar ao autor, a título de indenização por danos morais, a quantia de R$4.000,00 (quatro mil reais), a ser atualizada monetariamente, com base nos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça deste Estado, e acrescida de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, tudo a partir da publicação do acórdão.

Por consequência, condeno o réu a pagar as custas da primeira fase do processo, as custas do recurso que interpôs, metade das custas do recurso apresentado pelo autor e os honorários dos advogados deste, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Condeno o autor a pagar metade das custas do recurso que interpôs.

Fica suspensa a exigibilidade destes ônus por estarem as partes amparadas pela assistência judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TIBÚRCIO MARQUES e TIAGO PINTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

...

Indenização - Perdas e danos morais - Contrato bancário - Retenção de restituição de proventos de revisão de aposentadoria - Ausência de natureza alimentar do crédito - Amortização de débitos oriundos de ajustes bancários - Cláusula contratual autorizativa - Ausência de ato ilícito

Ementa: Ação de perdas e danos e dano moral. Retenção de restituição de proventos de revisão de aposentadoria. Amortização de débito oriundo de ajustes bancários. Cláusula contratual autorizativa. Danos morais. Inocorrência.

- Estando o autor inadimplente de suas obrigações junto à instituição financeira ré, não se trata de retenção ilegal o fato de o Banco se valer de uma autorização contratualmente estipulada, para amortizar a dívida mediante débito em conta corrente.

- Os proventos advindos de revisão de aposentadoria são um *plus* auferido pela parte, não podendo ser entendido como natureza alimentar, podendo ser utilizada para quitar dívida em aberto pela instituição financeira recebedora.

- Não há que se falar em danos morais ante a inexistência de ato ilícito praticado pela instituição financeira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0287.09.055574-2/001 - Comarca de Guaxupé - Apelante: D.C.D. - Apelado: Banco do Brasil S/A - 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, sob a Presidência do Desembargador José Affonso da Costa Côrtes, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2011. - *José Affonso da Costa Côrtes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Trata-se de apelação interposta da sentença de f. 132/134, em ação de Perdas e Danos e Danos Morais, julgada improcedente, condenando a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) do valor dado à causa, suspensas na forma da Lei.

Na mesma oportunidade julgou improcedente a ação cautelar em apenso, revogando a liminar deferida, extinguindo-a, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Recorre a autora às f. 135/146, alegando que se extrai dos extratos apresentados na inicial da ação principal, bem como da ação cautelar, os débitos referentes ao cartão Ourocard, bem como os valores referentes ao empréstimo denominado "Crédito Direto ao Consumidor" (CDC), não sendo necessária maior dilação probatória quanto a este ponto.

Entende que tais descontos, ainda que autorizados, não podem recair sobre proventos oriundos de aposentadoria, por seu caráter eminentemente alimentar, sendo, inclusive, irrenunciáveis.

Afirma comprovado que o banco réu agiu de forma unilateral ao retirar o saldo da conta corrente da autora, causando-lhe grandes perturbações e humilhações, devendo ser condenado ao pagamento de danos morais.

Pugna pelo recebimento do presente recurso em seus ambos efeitos, bem como o seu provimento para que o réu proceda a devolução da quantia de R$10.358,14 (dez mil trezentos e cinqüenta e oito reais e quatorze centavos), devidamente acrescida de juros e correção monetária, e ao pagamento de danos morais.

Contrarrazões à f. 149.

Pretende a autora a restituição do valor de R$10.358,14 (dez mil trezentos e cinqüenta e oito reais e quatorze centavos) depositado em sua conta corrente a título de revisão de aposentadoria e debitado para pagamento de prestações de seu cartão de crédito e empréstimo denominado "Crédito Direto ao Consumidor" (CDC) firmados com o banco réu.

Vislumbra-se ainda que a apelante ajuizou em face do banco réu ação cautelar, visando impedir o desconto automático de seus proventos de aposentadoria, sendo concedida a tutela antecipada à f. 21 (autos apensos de nº 1.0287.09.055.574-1/001).

Analisando os autos, notadamente o contrato de f. 40/41 e 41v, observa-se que a apelante autorizou o réu, expressamente, a utilizar-se de valores depositados em sua conta corrente, para cobrir eventuais saldos negativos decorrentes do contrato de "conta corrente e produtos e serviços".

Ressalto que o contrato de f. 41 e 41v prevê não só a abertura de conta corrente em nome da apelante, mas também disponibiliza serviços como o cartão de crédito Ourocard e CDC Automático, fixando desde aquele momento os respectivos limites de crédito à disposição da apelante.

Assim, não merece guarida o pedido de devolução da importância debitada pelo apelado, que, uma vez autorizado por sua cliente, tão somente procedeu à cobrança dos valores devidos, decorrentes do cartão de crédito e de empréstimo denominado "Crédito Direto ao Consumidor" (CDC).

Havendo autorização expressa do correntista, como na espécie, é absolutamente legal o desconto de saldo originado de contrato bancário na conta corrente do devedor.

Evidente, portanto, que o recorrido agiu amparado por disposição contratual aceita no momento da celebração dos contratos, o que, por si só, inviabiliza o pedido de devolução do valor depositado em conta, referente a proventos de aposentadoria.

Conclui-se que as partes celebraram livremente contrato de abertura de conta corrente, usufruindo a autora de todos os serviços, limites de crédito e comodidades oferecidas pelo réu, e, pelo que se percebe dos autos, não conseguiu cumprir com suas obrigações, conforme sustentado pelo demandado e constatado pela própria prova documental.

Logo, no âmbito do que foi pactuado livremente entre as partes, não vejo motivo para que se impeçam os descontos na conta corrente, até porque há uma dívida da autora junto ao réu, e admitir a tese sustentada pela requerente, implicaria em enriquecimento ilícito da correntista, que usufruiu de valores disponibilizados pelo Banco requerido.

No que se refere à alegação de caráter alimentar dos proventos de aposentadoria entendo que tal verba assim não pode ser entendida, por não se tratar dos proventos em si, mas de mera revisão de seus valores, constituindo-se verdadeiro *plus* auferido pela apelante, não podendo dizer que deles dependesse a parte para sua sobrevivência.

No que se refere ao pedido de danos morais, entendo-os por indevidos, haja vista a ausência de ato ilícito ensejador da responsabilidade de indenizar, visto que o apelado atuou nos termos do contrato celebrado.

Assim, por tais motivos não vejo motivos para a reforma da sentença, devendo ser mantida em sua integridade.

Custas recursais, pela apelante, suspensas na forma da Lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores MAURÍLIO GABRIEL e TIAGO PINTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Reintegração de posse - Liminar - Concessão - Ausência de oitiva do réu - Possibilidade - Citação editalícia anterior - Inexigência - Inteligência do art. 929 do CPC - Requisitos legais para a proteção possessória demonstrados - Recurso não provido

Ementa: Reintegração de posse. Citação por edital. Legitimidade passiva. Medida protetora. Requisitos.

- Nas ações possessórias é admissível a concessão de liminar sem a oitiva do réu, a teor da regra do art. 929

do CPC, o que torna inexigível a citação editalícia antes da sua concessão.

- Aquele que figura em boletim de ocorrência policial como integrante do grupo ao qual é atribuída a prática do esbulho possui, ao menos em tese, legitimidade para ocupar o polo passivo da ação possessória.

- Demonstrada a existência dos requisitos legais, esbulho e posse anterior a este, e estando individualizado o imóvel, cabível é a proteção possessória preconizada em lei.

Preliminares rejeitadas e recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0521.07.060845-5/005 - Comarca de Ponte Nova - Apelantes: A.J.C. e outro - Apelado: N.B.L. - Litisconsorte: Ausentes incertos desconhecidos, representados por curador especial R.A.C. - 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, sob a Presidência do Desembargador Gutemberg da Mota e Silva, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 7 de junho de 2011. - *Alberto Aluízio Pacheco de Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.

Insurgem-se os apelantes contra decisão do MM. Juiz da causa, que julgou procedentes os pedidos iniciais, confirmando o mandado proibitório e a reintegração de posse expedidos em sede de liminar, para que os requeridos se abstenham da prática de qualquer ato que venha a molestar a posse mansa e pacífica da parte da autora sobre os imóveis descritos na inicial, sob pena de multa diária de R$1.000,00 (mil reais) até o montante de R$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Condenou-os, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), suspensa sua exigibilidade por força do art. 12 da Lei 1.060/50.

Alegam, em preliminar, a nulidade processual por ineficácia da citação editalícia procedida nos autos, erro na prolação da sentença e a ilegitimidade passiva dos apelantes A.F.C. e J.G.M.V.

No mérito destacam que não se procedeu à descrição física dos imóveis, assim como a inexistência de prova de esbulho ou ameaça à posse exercida pela apelada.

Regularmente intimada a apelada se contrapôs às pretensões recursais.

Recurso próprio e tempestivo, dispensado o preparo por litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

É o relatório, passo a decidir:

Inicialmente impõe-se a apreciação das preliminares suscitadas pelos apelantes.

Nulidade.

Inicialmente destaco que a existência de erro material no texto da sentença não tem o condão de invalidá-la uma vez que a menção à "tentativa de invasão da sede da Usina", me parece reles erro de redação, não sendo elemento suficiente ao reconhecimento da nulidade da decisão.

Lado outro, a citação editalícia procedida nos autos, consoante se infere às f. 331, 337, 339/341-TJ, se deu nos moldes preceituados pelo art. 231 do CPC, sendo certo que o art. 928 admite a concessão de medida liminar independentemente da intimação do réu.

Ora, onde o legislador não restringiu, ao intérprete não é dado restringir.

Destaco, por fim, que o curador especial nomeado não suscitou qualquer incidente processual, estando os apelantes a invocar em proveito próprio, direito alheio.

Ilegitimidade passiva.

Assim como o MM. Magistrado *a quo*, constato, do exame dos boletins de ocorrência policial carreados aos autos, que a Policia Militar do Estado de Minas Gerais, instada a comparecer ao local dos fatos pela apelada, constatou a presença dos apelantes A.F.C. e J.G.M.V., advindo daí sua legitimidade para ocupar o polo passivo da demanda.

A intervenção do Poder Judiciário não tem o condão de impedir que os apelantes exerçam seu sacerdócio, mas de garantir à apelada o exercício do direito de ação.

Eventuais prejuízos, experimentados de parte a parte, deverão se resolver em sede de perdas e danos, se for o caso.

Sem mais delongas, rejeito as preliminares.

Questão principal.

No mérito melhor sorte não é reservada aos apelantes.

A existência dos elementos norteadores da concessão da proteção possessória, já foi verificada por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1052107060845-5/001, onde figurou como Relatora a Des.ª Evangelina Castilho Duarte.

No voto condutor do acórdão, a ilustre Desembargadora, com o brilhantismo que lhe é peculiar, destacou a existência de prova do exercício da posse por parte da apelada, consubstanciada nos contratos de arrendamento e escrituras de compra e venda trazidos aos autos.

O esbulho, turbação e ameaça restaram evidenciados pelos boletins de ocorrência policial já mencionados.

Os imóveis cuja proteção possessória se pretendeu estão suficientemente individualizados nos autos de forma a propiciar o exercício da ampla defesa por parte dos apelantes, assim como dar efetividade ao cumprimento da decisão judicial.

Com essas considerações, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso.

Custas, pelos apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEREIRA DA SILVA e CABRAL DA SILVA.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Competência territorial - Declinação de ofício - Súmula 33 do STJ - Inteligência - Legislação consumerista - Prerrogativa do consumidor - Art. 101, I, do CDC - Compreensão

Ementa: Declinação de ofício de competência territorial. Inteligência da Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça. Legislação consumerista. Prerrogativa do consumidor.

- A prerrogativa dada ao consumidor de impetrar suas ações no foro de seu domicílio, conforme disciplinado pelo art. 101, I, do CDC, se apresenta como uma faculdade, e não uma obrigação para o mesmo.

- A competência territorial eleita pelo consumidor, por conveniência, não pode ser afastada pelo julgador, de ofício, haja vista a vedação constante do enunciado da Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.11.081164-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: R.A.A. - Agravado: B.M.B.S.A. - Relator: DES. ARNALDO MACIEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes, 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, 19 de abril de 2011. - *Arnaldo Maciel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARNALDO MACIEL - Trata-se de agravo de instrumento interposto por R.A.A. contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 26ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação revisional que move contra o agravado, B.M.B.S.A., declinou a competência do feito para o Juízo da Vara Cível da Comarca de Contagem/MG, cidade em que reside o autor.

Em suas razões recursais de f. 04/11-TJ, defende o agravante a necessidade de reforma da r. decisão, alegando que o Juiz primevo não poderia declarar de ofício a incompetência relativa, tendo em vista o enunciado da Súmula jurisprudencial nº 33 do Superior Tribunal de Justiça, aduzindo ainda que, no presente caso, aplicar-se-ia a regra do art. 94, *caput*, do Código de Processo Civil, sendo que o agravado possui domicílio em Belo Horizonte, porquanto restaria configurada a competência territorial desta comarca.

Por tais razões requer, ao final, o provimento do presente recurso com a reforma da decisão agravada.

Sem preparo, pois foi concedido ao agravante o benefício da justiça gratuita apenas para fins recursais.

Deferido o pedido de efeito suspensivo às f. 77/78-TJ.

Informações prestadas pelo MM. Juiz à f. 83-TJ, noticiando que o agravante cumpriu com o disposto no art. 526 do CPC e que foi mantida a decisão agravada.

Sem contraminuta ao agravo, já que o recurso é anterior à formação da relação processual.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Insurge-se o agravante contra a decisão do Magistrado *a quo*, que declinou a competência do feito para a Comarca de Contagem, por entender que o ajuizamento da presente ação na Comarca de Belo Horizonte contrariaria a garantia do juiz natural, uma vez que nenhuma das partes teria residência naquela cidade.

Em que pesem as doutas considerações do digno MM. Juiz de Direito da Comarca de Belo Horizonte, entende este Julgador que o declínio de competência, operado *ex officio*, não deve prevalecer na hipótese.

Para melhor delinear a questão, cumpre fazer algumas considerações acerca da competência jurisdicional. A competência é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei, sendo que a sua distribuição se faz por meio de normas constitucionais, de leis processuais e de organização judiciária, além da distribuição interna dos tribunais, feita através dos regimentos internos.

Oportuno mencionar ainda que se classifica doutrinariamente a competência, de acordo com a regra de fixação, em competência absoluta e relativa, sendo que a absoluta consagra o interesse público e, em virtude disso, a sua inobservância pode ser alegada a qualquer tempo, por qualquer das partes e pelo juízo, de ofício. Já a competência relativa atende precipuamente a interesse

particular, só podendo ser arguida pelo réu e por meio de exceção.

A competência territorial, em regra, se caracteriza por ser relativa. Há apenas uma hipótese no texto do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei Federal 11.280/06, que admite o reconhecimento de ofício pelo magistrado de sua incompetência territorial, qual seja no caso de cláusula eletiva de foro lançada em contrato de adesão, quando prejudicar a defesa do consumidor (art. 112, parágrafo único, do CPC). Com efeito, em tal hipótese, a competência se tornaria absoluta, em virtude de resguardar o art. 6º, inciso VIII, do CDC, a qual é norma de ordem pública, impondo-se a prevalência do foro do domicílio do consumidor.

Nada obstante, a prerrogativa dada ao consumidor de impetrar suas ações no foro de seu domicílio, conforme disciplinado pelo art. 101, I, do CDC, se apresenta como uma faculdade, e não como uma obrigação, porquanto, em determinadas situações, tal imposição implicaria ônus excessivo ao próprio consumidor e inverteria o escopo da lei consumerista, cujo objetivo é favorecer a defesa da parte hipossuficiente da demanda.

Outro não é o entendimento deste Tribunal:

> Agravo de instrumento. Relação de consumo. Incompetência relativa. Conhecimento de ofício. Impossibilidade. Renúncia à prerrogativa consumerista. Sujeição à norma geral. - A incompetência relativa, em regra, somente pode ser arguida por meio de exceção. - A competência referente à relação de consumo é absoluta apenas quando cláusula de eleição de foro dificultar a defesa dos interesses do consumidor em juízo. - O consumidor, ao relegar a prerrogativa de ajuizar ação no foro de seu domicílio, fica sujeito às normas gerais de competência do Código de Processo Civil. Voto vencido. (Agravo de Instrumento nº 1.0024.09.516789-6/001 - Relator Des. Mota e Silva - Relator para o acórdão Des. Fábio Maia Viani.)

Nesse diapasão, no caso dos autos não há que se cogitar em incompetência absoluta, pois a presente ação foi ajuizada pela própria consumidora nesta Capital, elegendo por conveniência a Comarca de Belo Horizonte, cidade em que está localizada a matriz do banco réu, por entender que lhe seria mais favorável, relegando, inequivocamente, a faculdade que lhe foi deferida por lei.

Não se vislumbra, assim, *in casu*, nenhuma afronta ao sistema de proteção do consumidor, tutelado na Lei nº 8.078, de 1990.

Por oportuno, cabe ainda salientar que o autor observou a regra ordinária de competência territorial consagrada na legislação processual, não se subsumindo o presente caso à hipótese de advocacia de massa, em que o foro eleito não guarda qualquer relação com as partes, havendo ausência total de competência do juízo.

Portanto, tratando-se de questão de competência territorial, logo, relativa, não se admite a declaração de incompetência *ex officio* pelo Juízo, em atenção ao consagrado no enunciado da Súmula nº 33 do STJ, dependendo seu reconhecimento de provocação da parte, por meio de exceção de incompetência.

Diante de todo o exposto, dou provimento ao recurso, para determinar que a ação continue a ser processada pelo Juízo da Comarca de Belo Horizonte/MG.

Custas, *ex lege*.

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - De acordo com o Des. Relator.

DES. MOTA E SILVA - A Lei nº 11.280/06 acrescentou ao art. 112 o parágrafo único com a seguinte redação:

"Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará a competência para o juízo do domicílio do réu".

A competência relativa, em razão do território, em regra somente era modificada pela prorrogação em casos de conexão ou continência, ou por meio da vontade das partes por meio de exceção de incompetência, sem a qual não se prorrogava a competência.

Contudo, com o parágrafo único acrescentado ao art. 112 do CPC, criou-se uma nova forma de ser alterada a competência em razão do território, qual seja: nos casos de foro de eleição, em contrato de adesão, o juiz pode declinar a competência para o juízo do domicílio do réu, por se tratar de questão de ordem pública, afastando-se a aplicação da Súmula nº 33 do STJ. E assim deve ser feito para evitar abusos que venham a dificultar ou cercear o direito de defesa.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

> Código de Defesa do Consumidor. Bancos. Contrato de adesão. Relação de consumo (art. 51, I, da Lei 8.078/90). Foro de eleição. Cláusula considerada abusiva. Inaplicabilidade da Súmula 33/STJ. Precedentes da Segunda Seção.
> I - [...]
> II - A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão não prevalece se 'abusiva', o que se verifica quando constatado que da prevalência de tal estipulação resulta inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário. Pode o juiz, de ofício, declinar de sua competência em ação instaurada contra consumidor quando a aplicação daquela cláusula dificultar gravemente a defesa do réu em juízo. Precedentes da Segunda Seção.
> III - Incidência da Súmula 126/STJ.
> IV - Recurso não conhecido (REsp 190.860/MG, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. em 09.11.2000, *DJ* de 18.12.2000, p. 183).

> Competência relativa. Declinação de ofício. Reconhecida pela instância ordinária a abusividade da cláusula que escolheu o foro em favor do estipulante, o que não foi impugnado no recurso especial, cabia a declinação de ofício para o foro de domicílio do réu. Recurso não conhecido (REsp 200.416/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. em 23.03.1999, *DJ* de 31.05.1999, p. 152).

> Competência relativa. Foro de eleição. Contrato de adesão. Suscitação de ofício. A Segunda Seção deste Tribunal admite a suscitação de ofício da incompetência relativa (CC nº 17.735/CE) quando proposta a ação com base em contrato de adesão e a cláusula de eleição de foro se apresenta como abusiva. Divergência indemonstrada. Recurso não conhecido (REsp 192.312/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. em 1º.12.1998, *DJ* de 29.03.1999, p. 185).

> Civil e processual. Acórdão. Nulidade não configurada. Previdência complementar. Relação de consumo. Ação de cobrança. Competência. Cláusula de eleição de foro. Afastamento. Súmula nº 83 do STJ. Embargos declaratórios. Multa aplicada. Súmula nº 98-STJ. Exclusão. [...] II. Firmou o Superior Tribunal de Justiça entendimento no sentido de que o foro contratual deve ser afastado quando implicar dificuldades de acesso à Justiça para a parte mais fraca, em relação consumerista. III. [...] V. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp 722.437/ES, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. em 15.03.2005, *DJ* de 09.05.2005, p. 432).

> Competência. Foro de eleição. Contrato de adesão. CDC. Consórcio. Bem alienado fiduciariamente. Ação de busca e apreensão. - Pode o juiz declinar, de ofício, da sua competência para processar ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, quando a propositura da ação no foro de eleição, na sede da empresa, dificultará sobremaneira a defesa do consorciado em juízo. Nova orientação da Segunda Seção. Recurso não conhecido. (REsp 169.670/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. em 24.06.1998, *DJ* de 31.08.1998, p. 105).

Dessa feita, ressalto o meu posicionamento acerca da possibilidade de o juiz de ofício declinar da sua competência, quando houver cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, onde se afasta a aplicabilidade do disposto na Súmula 33 do STJ, por se tratar de questão de ordem pública.

Feitas tais considerações, passemos à análise do presente caso.

Conforme é sabido, a competência é matéria disciplinada pelo Código de Processo Civil, em seus arts. 94 e segs., que tem como regra geral o foro do domicílio do réu, além de outras disposições que estabelecem o foro competente por razões de proteção ao mais fraco na relação jurídica, por razões de economia processual ou por razões de facilidade na instrução do feito.

Regra geral, tratando-se de ré pessoa jurídica, a competência é do lugar onde está a sede.

Por outro lado, no caso de haver relação de consumo, como no caso dos autos, aplica-se o CDC, podendo a ação ser proposta no domicílio do autor.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 101, diz que:

> Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título, serão observadas as seguintes normas:
> I - ação pode ser proposta no domicílio do autor.

Dessa feita, pela legislação, verifica-se que ao autor da presente ação revisional são reservadas duas opções de foro: o foro geral, que seria a sede do B.M.B.S.A., e o de seu domicílio (Contagem). E, conforme se observa, optou o autor por ajuizar a ação no foro onde o réu tem sua sede, qual seja a Comarca de Belo Horizonte. Ou seja, não foi avocada no presente caso a existência de cláusula de eleição de foro para fins de ajuizamento da presente ação na Comarca de Belo Horizonte. A parte agravante sustenta, em suas razões recursais de f. 07/08-TJ, que a eleição do foro de Belo Horizonte se deu em estrita observância ao disposto no art. 94 do CPC.

Assim, estou de acordo com o douto Relator para dar provimento ao recurso, considerando competente para julgar a presente ação a Comarca de Belo Horizonte, pelos fundamentos acima expostos.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Servidor público estadual - Responsável por excepcional submetido a tratamento de saúde - Art. 1º da Lei Estadual nº 9.401/86 - Exegese - Juros de mora - Art. 5º da Lei nº 11.960/2009 - Inteligência - Redução da jornada de trabalho - Voto vencido

Ementa: Ação ordinária. Servidora pública estadual. Objeto. Redução da jornada de trabalho. Responsável por excepcional submetido a tratamento de saúde. Lei estadual. Procedência do pedido. Juros de mora.

- A servidora estadual tem o direito à redução da jornada de trabalho quando demonstrada a incapacidade do seu dependente para o exercício dos atos da vida civil.

- O fundamento para a redução da jornada não é somente a incapacidade da pessoa, e sim a falta ou condições de sobreviver sem a ajuda da pessoa que cuida de seu bem-estar.

- O art. 5º da Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, por ter natureza de norma instrumental material, com reflexos na esfera jurídico-material das partes, não se aplica aos processos em curso, ou seja, àqueles iniciados anteriormente à sua vigência.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0134.07.091452-5/002 - Comarca de Caratinga - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Heloísa Maria de Oliveira Chalabi Freitas - Relator: DES. ALMEIDA MELO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Almeida Melo, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2011. - *Almeida Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelada, o Dr. Jorge Ferreira da Silva Filho.

DES. ALMEIDA MELO - Conheço da apelação, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

A sentença de f. 152/156-TJ julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para assegurar à autora a redução de sua jornada de trabalho para 20 horas semanais, de 31.01.2007 a 10.12.2008. Condenou, ainda, o réu ao pagamento de honorários advocatícios (R$ 3.000,00).

O apelante, nas razões da apelação de f. 158/173-TJ, sustenta que a concessão da redução da jornada de trabalho pleiteada pela apelada pressupõe o preenchimento dos requisitos previstos na lei, cuja interpretação é restritiva. Alega que o marido da autora era lúcido. Pede a aplicação dos efeitos da Lei Federal nº 11.960/2009.

Contrarrazões às f. 178/183-TJ.

1º - Da redução da jornada de trabalho.

Extrai-se dos autos que se trata de ação ordinária promovida por Heloísa Maria de Oliveira Chalabi Freitas contra o Estado de Minas Gerais, na qual postula a redução de sua jornada de trabalho no exercício do cargo de inspetora escolar para vinte horas semanais (f. 10-TJ, I).

Corretamente, o pedido foi julgado procedente.

Estabelece o art. 1º, § 1º, da Lei Estadual nº 9.401/86 que a redução da jornada de trabalho de servidor estadual legalmente responsável por excepcional em tratamento de saúde para vinte horas semanais ocorre quando preenchidos os seguintes requisitos (f. 12-TJ):

a) requerimento do interessado;

b) certidão de nascimento;

c) termo de curatela; e

d) atestado médico de que o dependente é excepcional.

Nesse caso, desde o julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0134.07.09.452-5/001, do qual fui Relator, esta eg. 4ª Câmara Cível já verificou que a requerente tem o direito à redução da jornada de trabalho pretendida, na medida em que a incapacidade do seu dependente (marido) foi demonstrada e reconhecida pelo apelante (f. 51/54-TJ).

O médico do Estado de Minas Gerais (réu), o Dr. Carlos Roberto Ramos, ao emitir o boletim de inspeção médica de f. 19-v.-TJ, concluiu que o dependente da autora se encontra incapaz para reger sua vida, por ser portador de doença de Parkinson, necessita de sua ajuda por 24 horas diárias e opinou pela redução de sua jornada de trabalho.

Nesse sentido é o relatório médico de f. 20-TJ.

Mas o pedido administrativo foi indeferido ao fundamento de que não foi apresentado "termo de curatela" (f. 17-TJ).

Conforme já salientei (f. 53-TJ), de acordo com a interpretação que faço da norma, a apresentação de "termo de curatela" coloca fora de dúvida a incapacidade da pessoa para conduzir o seu destino. Não é, entretanto, a única prova admissível. Poderia acontecer que a pessoa tenha resíduo de capacidade mental, porém se encontra fisicamente debilitada ao ponto de não poder cuidar da rotina da vida.

Logo, não seria razoável exigir-se formalmente o "termo de curatela" para deferir a redução da jornada de trabalho pretendida pela apelada, quando a incapacidade do seu dependente se mostrava suficientemente reconhecida e comprovada.

O Mal de Parkinson é sabidamente redutor da qualidade de vida do paciente, que necessita de intensivos esforços da pessoa que é incumbida de cuidar de seu bem-estar. A dignidade da pessoa humana, objetivo fundamental da Constituição, enseja que o servidor público cuide de seu parente, em caso de doença crônica que exija deste permanente assistência, facultando a redução da jornada de trabalho quando não ocorre necessidade de licença.

2º - Dos juros de mora.

Entendo que o art. 5º da Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, por ter natureza de norma instrumental material, com reflexos na esfera jurídico-material das partes, não se aplica aos processos em curso, ou seja, àqueles iniciados anteriormente à sua vigência.

Sobre o tema, cito a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo regimental. Recurso especial. Juros de mora. Medida Provisória 2.180-35/2001. Incidência nos processos em curso. Impossibilidade. Jurisprudência firmada do STJ. Agravo regimental a que se nega provimento.
> 1. O STJ, no cumprimento de seu mister, firmou o entendimento de que a regra inserta no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, por causar repercussão na esfera patrimonial das partes, é da espécie de norma instrumental mate-

rial, razão pela qual não deve incidir nos processos em andamento.
2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp nº 1097287/SC, Relator o Ministro Celso Limongi, *DJe* de 03.08.2009).

Na espécie, a presente ação foi proposta em novembro de 2007, razão pela qual não se aplica a Lei Federal nº 11.960, de 2009.

Nego provimento à apelação.

Custas, *ex lege*.

DES. AUDEBERT DELAGE - De acordo.

DES. MOREIRA DINIZ - Sr. Presidente. Estava meditando sobre este caso, reli, inclusive, o julgamento do recurso 001, em que essa questão já havia sido, de certa forma, tratada, embora em caráter provisório, e estava propenso a acompanhar V. Ex.ª, mas, para que se perceba como é importante uma sustentação oral, depois do que ouvi da tribuna, mudei de idéia, porque o ilustre advogado fez um tratamento comparativo de recente decisão do colendo Supremo Tribunal Federal, envolvendo união homoafetiva, com o caso destes autos, para dizer que, apesar da literalidade do texto constitucional que determinava possível a união estável entre o homem e a mulher, a excelsa Corte fez uma leitura interpretativa e a admitiu também entre duas pessoas do mesmo sexo em condição de afeto homossexual. Não é o caso aqui.

Ocorre que o ilustre advogado, ao se reportar a isso, comparou com o caso dos autos, para, implicitamente - isso me resta claro -, reconhecer que a lei impede o benefício reclamado pela recorrida, tanto que S. Ex.ª, da tribuna, está dizendo que devemos analogicamente aplicar a mesma conduta, a mesma postura adotada na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso da união homoafetiva, ou seja, interpretar a lei atento ao princípio da dignidade da pessoa humana .

A começar, há uma diferença brutal, porque, no caso da união homoafetiva, a pessoa humana, cuja dignidade deveria ser respeitada, era das pessoas diretamente interessadas com aquela ação levada à excelsa Corte, quais sejam as duas pessoas homossexuais que, embora do mesmo sexo por natureza, queriam se unir legalmente. Então, elas eram as afetadas diretamente. Aqui, o afetado não é o marido da recorrida, mas ela. Quem estava doente era ele, e não ela; então a dignidade da pessoa humana, se formos tratar aqui, haveria de ser do doente, e não da esposa.

Mas o mais importante para mim é o que foi dito, da tribuna, de que foi reconhecido que a lei não permite o benefício, tanto que se pediu aplicação analógica, de bom senso, por comparação, com o que o Supremo decidiu em outra situação absolutamente diversa. A lei é muito clara e diz que, para esse benefício de redução de jornada de trabalho para assistência à pessoa doente, um dos documentos que deve ser apresentado é o termo de curatela. O termo de curatela não é para comprovar a doença da pessoa, porque no item A há um outro documento, que é o que comprova a incapacidade da pessoa a ser assistida, que é o atestado médico de que o dependente é excepcional. Esse é o documento que falta e, curiosamente, fala-se em excepcional, e o doente de Mal de Parkinson não o é. O termo excepcional, não preciso dizer, todos sabem a que se refere. O portador de Mal de Parkinson, infelizmente, sofre de doença grave, mas não é considerado excepcional em termo médico nem em termo legal.

Então, primeiro, para comprovar a incapacidade, tinha que ser um atestado médico de que a pessoa é excepcional, e não portadora de Mal de Parkinson. Não tem nada a ver uma coisa com a outra.

Segundo, o termo de curatela não é destinado a comprovar doença, mas a comprovar que aquela pessoa que pretende fazer jus ao beneficio da lei é, efetivamente, o responsável que cuida do excepcional, do interditando; por isso há necessidade do termo de curatela. Não é para comprovar doença, repito, é para comprovar a efetiva relação de cuidados entre o doente e o servidor que pretende o beneficio da lei.

A apelada não comprovou que ela é quem tem, segundo a lei, a incumbência de cuidar do cidadão, e não comprovou, sequer, que ele seja excepcional no sentido técnico.

A lei é clara e, como indiretamente reconhecido da tribuna, não reconheceu o direito da autora da ação. E, veja bem, não se justifica sequer a alegação de que ela não quis promover a interdição, porque o cidadão ia ficar constrangido, humilhado, e podia ficar até em estado de depressão, porque estava lúcido. Assim, ele não é sequer excepcional se ele tem clara compreensão do que se passa ao seu redor e, infelizmente, a doença física puramente, esse tipo de situação de comprometimento parcial das faculdades mentais, porque o portador de Mal de Parkinson sofre restrições de natureza física e, também, de alguma de natureza mental, não ficou comprovada .

Ora, ninguém tem o direito de dizer que não vai cumprir a lei, porque, se cumprir, vai incomodar alguém, mas quer auferir das benesses da lei assim mesmo.

Imaginem os senhores o que seria deste País, ou qualquer outro lugar do mundo, se todo mundo se recusasse a cumprir uma exigência legal, porque essa exigência vai incomodar A ou B! Isso não existe! Ou se cumpre ou não se cumpre. E ouvi, da tribuna, que não foi cumprido, e se reconhece que a lei não dá o direito, tanto que se pede a aplicação, por analogia, de um princípio que o Supremo aplicou em outro caso diferente.

Por isso, peço vênia aos eminentes Colegas, mas dou provimento ao recurso do Estado, para julgar inteiramente improcedente a ação, invertendo a imposição dos encargos sucumbenciais.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL.

...

Servidor público - Gratificação - Giefs - Incidência sobre o vencimento-base - Art. 37, IV, da CR/88 - Caráter *propter laborem* - Parcela variável - Ausência de natureza salarial - Incidência sobre adicional ou vantagem - Proibição - Incidência de imposto de renda - Acréscimo patrimonial - Legalidade

Ementa: Ação ordinária. Servidor público. Gratificação. Giefs. Base de cálculo para o 13º salário. Impossibilidade. Incidência sobre o vencimento básico. Art. 37, XIV, da CF.

- O 13º salário, conhecido também por ''gratificação natalina'', não pode ter em sua base de cálculo a Giefs, sob pena de violação ao art. 37, XIV, da CF.

- A Giefs, embora eventual, gera acréscimo patrimonial ao servidor, pelo que passível de incidência de imposto de renda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.115858-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: A.C.M.B. - Apelado: Funed Fundação Ezequiel Dias - Relator: DES. OLIVEIRA FIRMO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Wander Marotta, 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 junho de 2011. - *Oliveira Firmo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OLIVEIRA FIRMO - Trata-se de apelação interposta por A.C.M.B., por inconformismo com a sentença de f. 67/73/TJ, que julgou improcedente a ação ordinária por ela proposta em face da Fundação Ezequiel Dias (Funed), visando ao recebimento das diferenças pretéritas referentes à gratificação natalina, que não foi calculada com base na sua remuneração integral.

Alega (f. 74-84/TJ), em síntese, a requerente, que: a) é patente seu direito ao pagamento do 13º salário com base na totalidade de sua remuneração, nos moldes expressos na Constituição Federal (art. 7º, VIII, c/c art. 39, § 3º), na Lei Estadual no 8.701/84 (art. 11, § 1º) e na Lei Estadual nº 9.729/88 (art. 6º); b) recebe a "gratificação de incentivo à eficientização dos serviços - GIEFS" mensalmente, fato que, por si só, demonstra o caráter remuneratório de tal verba, da qual, inclusive, é descontado o imposto de renda (IR); c) à espécie, aplica-se a Súmula vinculante nº 16 do STF, sob pena de desrespeito ao princípio da isonomia; d) a hipótese prevista no art. 37, IV, da Constituição Federal não foi recepcionada pelo seu art. 7º, VIII; e) tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que a remuneração compreende todas as verbas percebidas pelo servidor, e a Constituição Federal reitera esse entendimento ao expressar "remuneração integral", não havendo, portanto, dúvidas de que a Giefs compõe a remuneração da recorrente. Requereu, ao final, o provimento do apelo e, consequentemente, a reforma da sentença para julgar procedente seu pedido inicial, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Contrarrazões (f. 86/92-TJ), pela manutenção do julgado.

Dispensada a intervenção da Procuradoria-Geral de Justiça (Recomendação nº 01/2001 do CSMP).

É o relatório.

Conheço da apelação, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

Inicialmente ressalto que, a meu sentir, as vantagens de natureza pecuniária que são incorporadas automaticamente aos proventos do servidor são as de cunho pessoal e subjetivo, tais como o quinquênio e o adicional trintenário. Outras vantagens, de caráter condicional e eventual, como é o caso da gratificação de incentivo à eficientização dos serviços (Giefs), mesmo que auferidas por longo tempo em razão do preenchimento dos requisitos exigidos para a sua percepção, não se incorporam ao vencimento, exceto se com expresso amparo legal.

Importa colacionar as normas que instituíram e estabeleceram as diretrizes para o recebimento da Giefs, quais sejam os arts. 112/116 da Lei Estadual nº 11.406, de 28 de janeiro de 1994:

> Art. 111. Fica instituída a Gratificação de Incentivo à Eficientização dos Serviços - Giefs - no âmbito da Fundação Centro de Hematologia e Hemoterapia do Estado de Minas Gerais - Hemominas - e da Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais - Fhemig.
> Art. 112. A Giefs será atribuída mensalmente aos servidores pertencentes ao Quadro de Pessoal e ao Quadro Especial de Pessoal das fundações referidas no artigo anterior e àqueles colocados à disposição dessas entidades, bem como aos contratados, mediante contrato de direito administrativo, por essas fundações, e que nelas estejam em efetivo exercício, considerando-se os seguintes indicadores e critérios de avaliação:
> I - o desempenho institucional, vinculado a metas de produtividade e de qualidade dos serviços prestados pelas unidades administrativas;
> II - a participação individual do servidor, vinculada ao seu esforço para a consecução das metas mencionadas no inciso anterior, à sua qualificação e à quantidade de trabalho efetivamente executado.
> Art. 113. O Plano Global de Avaliação, no âmbito de cada Fundação mencionada no art. 111 desta lei, conterá os indi-

> cadores e os critérios do desempenho institucional e da participação individual do servidor, terá como diretriz básica a perspectiva do usuário e será aprovado por deliberação do respectivo Conselho Curador e homologado pela Comissão Estadual de Política de Pessoal - CEP.
> Art. 114. No processo de avaliação, serão observadas, ainda, as seguintes diretrizes:
> I - integração, nos níveis institucional e individual;
> II - continuidade;
> III - participação;
> IV - nível de escolaridade;
> V - jornada de trabalho.
> Art. 115. O resultado da avaliação servirá de base para o cálculo da Giefs nos meses subsequentes.
> Art. 116. Farão jus à Giefs os servidores e os contratados cujo desempenho, no período apurado pela avaliação, tenha atingido o padrão estabelecido como suficiente no Plano Global de Avaliação específico de cada entidade.

Analisando a legislação de regência, verifica-se que a denominada Giefs possui caráter *propter laborem,* ou seja, seu recebimento está condicionado ao efetivo exercício do cargo, e seu pagamento depende do desempenho institucional, vinculado a metas de produção e de qualidade na prestação de serviços pela unidade administrativa, conforme art. 112, I, da norma respectiva (acima transcrito), tratando-se, pois, referida gratificação de parcela variável, do que se conclui não possuir natureza salarial, pelo que não pode ser considerada para a base de cálculo do 13º salário.

É certo que o estipêndio ou remuneração do servidor público é composto por uma parte fixa, que é correspondente ao padrão fixado em lei como vencimento-base do cargo; e outra parte variável e pessoal, referindo-se a condições pessoais - tempo de serviço e/ou condições do exercício da função, por exemplo -, as denominadas vantagens pecuniárias, nas quais se incluem adicionais, gratificações, verbas indenizatórias. Tudo isto junto compreende, pois, a remuneração do servidor. Qualquer espécie de adicional ou vantagem pagos a servidor público, tem-se que devem incidir sobre o seu vencimento-base. Não se admite sejam calculados sobre a remuneração global percebida pelo servidor, sob pena de ofensa ao disposto no inciso XIV do art. 37 da Constituição Federal (CF/88), que veda o acúmulo de vantagem sobre vantagem.

Assim, contrariamente ao entendimento da recorrente, o 13º salário, conhecido também por "gratificação natalina", não pode ter em sua base de cálculo a Giefs, sob pena de violação ao mencionado preceito constitucional, que assim dispõe:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> [...]
> XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

Conforme doutrina Alexandre de Moraes:

> Os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento; a Constituição em vigor veda o denominado efeito-repicão, isto é, que uma mesma vantagem seja repetitivamente computada (*Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p. 324).

Assim, a norma contida no art. 7º, VIII, da CF/88 deve ser aplicada em harmonia com o citado art. 37, XIV, que trata de questão relativa ao servidor público, não podendo ser interpretada isoladamente - como pretendido pela recorrente -, não se cogitando de aplicação, ao caso presente, da Súmula vinculante nº 16 do STF.

De mais a mais, acrescente-se que, conforme mesmo observado na decisão de primeiro grau, o art. 6º da Ordem de Serviço nº 018, de 24 de agosto de 2001 (f. 52-54/TJ) veda a incidência da Giefs sobre qualquer adicional ou vantagem.

Ainda, irrelevante o fato de incidir IR sobre a Giefs, pois, embora eventual, a gratificação gera acréscimo patrimonial ao servidor, pelo que passível de incidência do IR.

Fundado em tais argumentos, nego provimento ao recurso, mantendo íntegra a sentença recorrida.

Custas, pela apelante, suspendendo a exigibilidade por litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

É como voto.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Fiança - Morte do devedor - Fiador - Pagamento da dívida - Ação de regresso - Sub-rogação no crédito - Cônjuge - Sucessora universal - Recebimento da totalidade do patrimônio do falecido - Meação - Ausência - Art. 1.997 do Código Civil - Inaplicabilidade - Reembolso da importância paga - Responsabilidade da herdeira

Ementa: Ação de cobrança. Empréstimo bancário. Morte do devedor. Prescrição. Inocorrência. Pagamento pelo fiador. Ação regressiva. Reembolso da importância paga. Responsabilidade da herdeira.

- O direito do fiador de receber os valores pagos em razão do pagamento da dívida de responsabilidade do

afiançado é de natureza pessoal, ensejando o prazo prescricional de 10 (dez) anos para o exercício da pretensão, nos termos do art. 205 do Código Civil.

- Na falta de descendentes e ascendentes e tendo sido deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, ao mesmo, na qualidade de herdeiro universal, caberá responder pelas dívidas do falecido até o limite da herança, não havendo de falar-se em direito à meação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0707.09.184948-9/001 - Comarca de Varginha - Apelante: C.F.R.C. - Apelado: J.A.B. - Relator: DES. OSMANDO ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Osmando Almeida, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PREJUDICIAL DE MÉRITO E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2011. - *Osmando Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OSMANDO ALMEIDA - Trata-se de matéria versada na apelação interposta por C.F.R.C. visando à reforma da r. sentença de f. 74/79, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Varginha, nos autos da ação de cobrança movida contra a ora apelante por J.A.B.

Em suas razões - f. 83/86 -, pretende a apelante a reforma da r. sentença argumentando que não se houve com acerto o d. Julgador no exame da matéria. Reedita a prejudicial de prescrição. No mérito, afirma que não tinha conhecimento do empréstimo efetivado pelo seu falecido marido junto à Caixa Econômica Federal, somente dele tomando conhecimento após o seu falecimento. Assevera não haver celebrado qualquer contrato que a obrigue ao pagamento postulado na inicial. Alternativamente, caso superadas as questões acima, diz que do montante da herança apenas a metade responde pelas dívidas do falecido, devendo ser respeitada a sua meação, invocando o disposto no art. 1.997 do Código Civil. Assim, afirma, é devido apenas o valor de R$6.553,39, descontado o valor já quitado pelo seu falecido esposo. Pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões estão às f. 90/93 em evidente contrariedade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, ausente o preparo ante a gratuidade judiciária concedida à f. 79.

Versa a presente ação sobre a cobrança de valor de empréstimo celebrado pelo falecido marido da apelante junto à Caixa Econômica Federal, tendo o autor/apelado, na qualidade de fiador, efetuado o pagamento da dívida.

O d. Julgador, afastando a prejudicial de prescrição, julgou procedente o pedido para condenar a ré/apelante ao pagamento do valor reclamado na inicial "corrigida monetariamente, pela Egrégia Corregedoria de Justiça de Minas Gerais, a partir da citação e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, também a partir da citação" - f. 78. Impôs a sucumbência, fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o montante da condenação, suspensa a exigibilidade ante a gratuidade judiciária concedida.

Depreende-se das razões trazidas pela apelante sua insurgência quanto à rejeição da prejudicial de prescrição e, quanto ao mérito, afirma deva ser respeitada a sua meação.

Prejudicial de prescrição.

Quanto à ocorrência de prescrição da ação que protege o direito pleiteado pelo recorrido, entendo não merecerem acolhidas as razões sustentadas pela recorrente.

Muito embora a mesma afirme haver transcorrido o prazo prescricional de três anos consubstanciado no disposto no art. 206, § 3º, do Código Civil, contado a partir do falecimento do seu esposo, tenho por acertado o entendimento esposado pelo d. Julgador primevo, porquanto, tratando-se de contrato bancário em que o autor/recorrido foi o fiador e tendo o mesmo efetivado o pagamento do valor da dívida, buscando, nesta ação, o reembolso do montante pago em razão do inadimplemento do devedor falecido, bem como do seu espólio, não há de se falar em prescrição, ante a natureza pessoal do direito.

Assim, ante a falta de estipulação expressa de prazo prescricional e tratando-se de direito pessoal referente a reembolso de quantia paga pelo fiador, deverá se sujeitar ao disposto no art. 205 do diploma civilista, que fixa em dez anos o prazo para a ocorrência da prescrição.

Rejeito a prejudicial de prescrição.

Mérito.

Na sintética definição de Teixeira de Freitas, a "fiança é o contrato pelo qual um terceiro se sujeita para com o credor a satisfazer a obrigação do devedor, se este por si não a satisfizer" (*Vocabulário jurídico*, p. 96), conceito este consolidado no Código Civil.

A respeito da fiança, ensina Ricardo Fiuza:

> É um contrato mediante o qual uma parte (fiador) assume para com a outra, credor de determinada obrigação de terceiro (afiançado), a garantia de por ela responder caso aquele não venha adimpli-la. Essa segurança oferecida constitui contrato acessório ao principal, onde subsiste a obrigação por esta garantida. É garantia fidejussória, por

> trata-se de garantia pessoal, e, como tal, uma espécie do gênero garantia. A doutrina o reconhece como um contrato unilateral, em regra não oneroso, acessório, solene e *intuitu personae* (*Novo Código Civil comentado*. 4. ed. Saraiva, 2005, p. 750).

No contrato de fiança, salvo se houver estipulação em contrário, a responsabilidade do fiador é subsidiária, isto é, ele só responde pela dívida afiançada no caso de o devedor principal se tornar inadimplente e não honrar com o pagamento da dívida. Ocorrendo esta situação, a lei concede ao fiador a prerrogativa de primeiro executar os bens do devedor. Entretanto, caso o fiador cumpra a obrigação pela qual assumiu a condição de garantidor, seja de forma voluntária ou por imposição legal, tem a seu favor a possibilidade de ajuizar uma medida judicial contra o devedor principal, chamada ação de regresso, com o objetivo de reaver aquilo que pagou.

Na hipótese dos autos, o contrato de empréstimo efetivado pelo falecido marido da apelante tem como fiador o ora recorrido - f. 9/13. Com a morte do devedor, o fiador efetuou o pagamento da dívida, conforme documento de f. 14.

Alega a apelante o seu direito de ver respeitada a sua meação, na forma do disposto no art. 1.997 do Código Civil:

"A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube".

In casu, ao que emana dos autos, não há de se falar em meação, porquanto a ora apelante é a única herdeira do espólio, pois os pais do falecido renunciaram à herança, conforme noticiado à f. 26. Lado outro, muito embora na época do inventário tenha a recorrente arrolado o valor do empréstimo como dívida do espólio - f. 20 - postulando a liberação de venda dos bens deixados para "quitar a dívida perante a Caixa Econômica Federal" - f. 22 -, não o fez e, na época, registre-se, o valor da dívida era bem menor. Deixou de honrar o compromisso assumido pelo seu falecido marido perante a Caixa Federal e, em consequência disso, o nome do autor/recorrente foi negativado nos órgãos restritivos de crédito, o que somente foi resolvido com o pagamento do débito - f. 14.

Com efeito, decorre do dispositivo legal mencionado que a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido, cabendo aos herdeiros o patrimônio restante após o atendimento aos direitos de terceiros - *deducto aere alieno* - pelo que, dentro de seus recursos, deve a herança suportar a solução de todo passivo existente, pois, relativamente aos credores, presume-se prosseguir na morte a mesma situação patrimonial vigorante em vida.

Dessarte, aos credores, em favor de quem o ordenamento assegurou direitos patrimoniais sobre os bens do falecido, é lícito exigir o pagamento sobre o acervo deixado pelo mesmo, até mesmo após a partilha, consoante ensinamento de Sílvio Rodrigues:

> É conhecida a regra de que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas. Ora, sendo a herança o acervo de bens que constitui o patrimônio do finado, é natural que deva responder por seus débitos.
> Em rigor, o patrimônio transmissível aos herdeiros do *de cujus* é apenas o saldo entre o seu ativo e o seu passivo. Portanto, para se apurar o montante da herança, isto é, aquilo que será objeto da sucessão, mister se faz, primeiramente, apurar o montante de suas dívidas, para resgatá-las. Uma vez deduzidos do monte os débitos do falecido, verifica-se qual o seu ativo. Sobre este incidem os impostos sucessórios. Estes bens, que compõem o ativo da herança, é que se transmitem aos herdeiros e legatários do finado.
> 165. Responsabilidade do espólio e dos herdeiros. - Antes da partilha, o acervo total deixado pelo *de cujus*, responde pelo pagamento das dívidas.
> [...]
> Portanto, os credores podem, mesmo depois da partilha, exigir dos herdeiros, proporcionalmente, pagamento dos créditos que tenham contra o falecido.
> Realmente, a partilha é feita aos herdeiros na presunção de que os bens partilhados pertencem ao espólio, pois não há mais dívidas. Se, todavia, é o contrário que se verifica, eis que remanesceram débitos a serem resgatados, o dever de resgatá-los se transmite aos herdeiros. Estes, em tese, representam a pessoa do finado. A eles se impõe o dever de pagar as dívidas que deviam ser pagas por seu representado (*Direito civil*. Saraiva, v. 7, p. 307/308).

Na hipótese presente, reafirme-se, a ré/apelante é sucessora universal, pois lhe foi transferida a totalidade dos bens deixados pelo seu falecido marido, de quem o autor/apelante foi fiador no contrato celebrado com a Caixa Econômica Federal.

Assim, tendo sido transferida a totalidade do patrimônio do falecido, abrangendo tanto seu ativo como seu passivo, a recorrente é denominada herdeira universal e, neste caso, não há de se falar em meação. Observe-se que na r. decisão de f. 26, proferida nos autos do inventário, restou assim definido:

> Ante o exposto e para produzir seus jurídicos e legais efeitos, adjudico, por sentença, à inventariante C.F.R.C., os bens arrolados que ficaram por falecimento de seu marido - C.A.Z.C., salvo erro ou omissão e ressalvados direitos de terceiros.

Confira-se a jurisprudência a respeito do tema:

> Cobrança - Dívidas contraídas pelo pai falecido ou em seu favor - Sub-rogação - Responsabilidade dos herdeiros até o limite das forças da herança recebida. - Aquele que paga as dívidas do falecido, ou em seu favor, sub-roga-se no crédito podendo cobrar dos herdeiros até o limite das forças da herança recebida. Os elementos de provas constantes dos autos são fortes e evidenciam que os gastos foram feitos para pagamento de dívidas do falecido ou em seu favor em momento em que era inexigível que pessoalmente arcasse com as dívidas. Evidente a sub-rogação do autor nas parcelas contempladas na sentença, além daquelas referidas neste julgamento (Ap. 1.0089.07.002276-2/001, Rel. Des. Batista de Abreu, 16ª Câmara Cível - TJMG, j.u. em 30.9.2009).

Dessa forma, não existindo descendentes e ocorrida a renúncia dos ascendentes, a herança ficou, por inteiro, com o cônjuge sobrevivente, reafirmando-se não haver de se falar em meação e, portanto, revela-se correta a r. sentença que responsabilizou a ora recorrente pelo pagamento do valor constante da inicial, pois aquele que paga as dívidas do falecido, ou em seu favor, sub-roga-se no crédito podendo cobrar dos herdeiros até o limite das forças da herança recebida.

Com essas considerações, rejeito a prejudicial de prescrição e nego provimento à apelação.

Custas recursais, pela apelante, suspensa a exigibilidade ante a gratuidade judiciária que lhe foi concedida.

Resumo do dispositivo (art. 506, III, CPC):

- Rejeitaram a prejudicial de prescrição.
- Negaram provimento à apelação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TARCÍSIO MARTINS COSTA e JOSÉ ANTÔNIO BRAGA.

Súmula - REJEITARAM PREJUDICIAL DE MÉRITO E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Imóvel - Compra e venda - Hipoteca anterior - Desconhecimento pelo comprador - Evicção - Empresa pertencente a grupo empresarial - Ilegitimidade passiva afastada

Ementa: Ação de indenização. Compra e venda de imóvel. Hipoteca anterior. Desconhecimento pelo comprador. Evicção. Empresa pertencente a grupo empresarial. Ilegitimidade passiva afastada.

- Tratando a parte ré de empresa pertencente a grupo empresarial, a demanda contra ele proposta em razão de ato ilícito supostamente praticado por outra empresa do mesmo grupo afasta a ilegitimidade passiva.

- Responde pela evicção a parte que omite informação acerca de gravame anterior sobre o bem, alienando-o a terceiros.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.223022-8/001 Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1º) A.B.C. e C.M.S. - 2º) A.C.I.L - Apelados: A.C.I.L. e A.B.C. e C.M.S. - Relator: DES. MARCOS LINCOLN

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, à unanimidade, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 18 de maio de 2011. - *Marcos Lincoln* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCOS LINCOLN - A.B.C. e C.M.S. ajuizaram ação de indenização/ressarcimento c/c por danos morais (*sic*) contra a H.C.I.L., objetivando receber indenização/ressarcimento pelos danos materiais e morais sofridos, alegando que adquiriram, por intermédio da ré, um imóvel, tendo sido paga quase a integralidade do valor, e que, somente tempos depois da avença, tomaram ciência de que sobre o imóvel recairiam débitos de IPTU, bem como uma hipoteca, havendo, inclusive, leilão pela Caixa Econômica Federal, sendo tal informação omitida quando da venda do imóvel, e que, em razão disso, foram despejados do apartamento.

A sentença recorrida (f. 184/188, declarada pela decisão de f. 196) julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando a ré à restituição de todos os valores pagos pelos autores, corrigidos monetariamente pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça desde cada desembolso, incidentes juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, bem como ao pagamento de indenização a título de danos morais no importe de R$10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça e incidentes juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da publicação da sentença. Em face da sucumbência recíproca, condenou os autores ao pagamento de 25% (vinte e cinco por cento) das custas processuais, ficando os 75% (setenta e cinco por cento) restantes a cargo da ré. Arbitrou os honorários de advogado em R$2.000,00 (dois mil reais) para cada parte a favor do patrono da parte contrária.

Inconformados, autores e ré interpuseram recursos.

Nas suas razões (f. 201/205), os autores aduziram que também seria devida a condenação da ré ao pagamento da comissão de corretagem por ter vendido um imóvel que não era de sua propriedade, e que já estava, inclusive, com o gravame da hipoteca registrado.

Já a ré, nas suas razões (f. 207/222), arguiu, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que não foi parte no contrato de compra e venda firmado entre os autores e o proprietário do imóvel, além do fato de a venda ter sido intermediada por pessoa jurídica diversa da ré. No mérito, alegou a inexistência de responsabilidade, por ter praticado atos somente em nome do vendedor do imóvel. Salientou que os autores sabiam da existência do gravame sobre o imóvel, não podendo invocar a evicção em seu favor. Aduziu que os

recibos de f. 48/61 não se prestaram a comprovar o pagamento do valor constante da inicial e que os de f. 62/66 se referiam ao preço de móveis que os autores adquiriram para guarnecer o apartamento. Afirmou que não cometeu ato ilícito e, por isso, não haveria que se falar em indenização por danos morais.

Contrarrazões ao primeiro recurso às f. 226/229.

Embora validamente intimados, os segundos apelados não apresentaram contrarrazões, como certificado à f. 231.

É o relatório.

Passo a decidir.

Infere-se dos autos que os autores ficaram noivos e decidiram comprar um imóvel para estabelecerem a sua moradia, dada a intenção de se casarem, tendo optado por adquirir o apartamento 101-A, localizado na Rua AB, nºAB, Bairro AB, nesta Capital.

Por acreditarem que estariam adquirindo um imóvel da ré, celebraram o contrato particular de promessa de compra e venda de f. 22/24 em 21/04/2004, tendo efetuado o pagamento do sinal, no valor de R$3.000,00 (três mil reais) (f. 26), além de R$20.657,80 (vinte mil seiscentos e cinquenta e sete reais e oitenta centavos) em prestações e anuidades (f. 38/61), e mais R$1.670,00 (mil seiscentos e setenta reais) gastos em reformas no imóvel (f. 62/66).

Os autores casaram-se em 28.04.2005 (f. 14) e foram morar no imóvel quando, para surpresa de ambos, começaram a receber cobranças de IPTUs que estariam atrasados, sendo informados, ainda, que havia sido designado leilão pela Caixa Econômica Federal, visto que sobre o apartamento recaía o gravame de uma hipoteca.

Diante disso, tentaram resolver a questão junto à ré, mas os problemas não foram solucionados, vindo, inclusive, a ser despejados do imóvel, razão pela qual ajuizaram a presente ação.

Esses os fatos.

Passa-se à análise.

Tendo em vista a prejudicialidade das questões apontadas na segunda apelação, inverto o julgamento dos recursos.

Segunda apelação.

Preliminar de ilegitimidade passiva.

Nas suas razões, a H.C.I.L. arguiu a sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que não foi parte no contrato de compra e venda do imóvel. Ao lado disso, alegou que outra pessoa jurídica do mesmo grupo, qual seja a H.C.M.L., é que teria sido a responsável por intermediar a venda.

Como se sabe, a legitimidade para a causa consiste na aptidão específica de ser parte, autor ou réu, em uma demanda, em face da existência de uma relação jurídica de direito material sobre a qual se funda o pedido do autor.

Segundo leciona Humberto Theodoro Júnior:

> Entende-se como legitimidade (*legitimatio ad causam*) a titularidade ativa e passiva da ação, ensinando Arruda Alvim que 'estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença', anotando-se, desse modo, que, 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*. 5. ed., p. 60.)

No caso dos autos, colhe-se do documento de f. 21 que a autora A.B.C. celebrou "Termo de Reserva" do imóvel em discussão com a H.C.M.L.

Posteriormente, celebrou a compra e venda diretamente com o proprietário do imóvel.

Nesse ponto, não há que se falar em ilegitimidade passiva da ré, pois, muito embora, em princípio, não tenha havido a participação da ré na avença, vê-se que o recibo de f. 26, que representa o pagamento do sinal, foi recebido pela ré. Note-se que no timbre do recibo consta a expressão G.E.H., sendo certo que, se a ré e a empresa H.C.M.L. fazem parte do mesmo grupo, a ilegitimidade passiva resta afastada, conforme já amplamente decidido por nossos tribunais, confira-se:

> Ação cautelar de exibição de documentos - Demanda proposta contra o banco líder do grupo econômico a que pertence a administradora de cartões de crédito - Legitimidade configurada - Apelo desprovido. - Pleiteando o autor a apresentação do contrato e demais documentos justificativos da negativação do seu nome, empreendida por administradora de cartões de crédito, não há que se falar em ilegitimidade do banco réu, que lidera o grupo econômico a que pertence aquela. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de admitir que figure, no polo passivo de ações que objetivam o cumprimento de obrigações ou a apresentação de documentos, empresa do mesmo grupo econômico daquela que teria firmado contrato com o autor, principalmente quando o litígio é dirigido contra a sociedade líder do grupo (Apelação Cível nº 1.0024.06.975813-4, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, *DJ* de 19.10.2006).

Sendo assim, fica clara a legitimidade passiva de H.C.I., motivo pelo qual deve ser rejeitada essa preliminar.

Mérito.

Colhe-se dos autos que a autora A.B.C. celebrou contrato de compra e venda de um imóvel com o Sr. E.S.N. (f. 22/24), por intermédio da ré.

É possível verificar a participação da ré na avença, que foi notória e se estampou nos autos não só pelo documento de f. 21 ("Termo de Reserva" do imóvel com a H.C.M.L.) como também pelos recibos de f. 26, 38/40 e 46/61, que demonstram que os pagamentos das parcelas foram feitos diretamente a ela (ré).

No que se refere à hipoteca que recaía sobre o imóvel, tem-se que, se por um lado, os compradores deveriam verificar se o bem que desejavam adquirir possuía algum gravame ou fora dado em garantia pelo antigo proprietário, analisando-se, ainda, a regularidade da cadeia dominial, por outro lado, levando-se em conta as peculiaridades do caso, aliado ao fato de que a avença fora celebrada com a intermediação de empresa de grande renome, é forçoso concluir que todas as informações passadas pelo preposto da ré estariam, ao menos em tese, corretas.

Logo, os autores acreditaram que o imóvel não possuía qualquer gravame, nem poderiam ter pensado de forma diversa, dado o grau de confiabilidade que a empresa ré tem no mercado imobiliário.

Sendo assim, diante da omissão da ré em informar os autores acerca da hipoteca que incidia sobre o bem, ficou configurado o dolo, que maculou seu ato, tornando-o ilícito.

Nesse caso, deverá responder pela evicção, pois, além da omissão, não há provas da ciência prévia do gravame pelos autores, não havendo que se questionar o valor a ser restituído, tendo-se em vista que o somatório não foi impugnado quando da apresentação da defesa, restando, pois, preclusa a matéria.

In casu, além do ato ilícito praticado pela ré, mostra-se presente, também, o sofrimento experimentado pelos autores, ao se verem na iminência de perder um bem adquirido com sacrifício, durante anos.

O nexo causal entre a conduta e o dano é evidente, formando-se a tríade de pressupostos ensejadores do dever de indenizar.

Nesse ponto, tem-se como certo que todos os boletos bancários, recibos e notas promissórias acostados aos autos demonstram que os autores foram pagando à ré parcelas do valor do imóvel e, como bem salientado na sentença, tais quantias deverão ser devidamente restituídas.

Ademais, todos os valores gastos pelos autores para a aquisição de móveis e realização de reformas no imóvel também deverão ser ressarcidos, porquanto despendidos para guarnecer o bem que acreditavam que seria efetivamente seu, após o pagamento de todas as parcelas.

Já no que concerne ao dano moral, a indenização exsurge sempre que for atingido o ofendido como pessoa, não se cogitando de lesão ao seu patrimônio, razão pela qual dispensa prova em concreto, existindo *in re ipsa*, tratando-se de presunção absoluta.

No caso *sub judice* é incontroverso o dano moral sofrido pelos autores, em decorrência da conduta da ré, uma vez que é por demais gravoso ver um imóvel adquirido com tanto esforço passar às mãos de terceiros sem qualquer culpa dos compradores. Não é admissível que os autores arquem com todo o prejuízo e sofrimento causados pela omissão da ré em alertá-los sobre o gravame existente sobre o bem.

Dessa forma, a ré deve responder pelos danos morais causados.

No que se refere ao *quantum*, sabe-se que os critérios para dosagem da indenização por danos morais permanecem a cargo da doutrina e da jurisprudência, predominando no Direito Brasileiro o arbitramento judicial (art. 944, CC), tendo-se em conta que a reparação do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor.

Sendo assim, em respeito ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, houve por bem o ilustre Magistrado arbitrar o valor da indenização em R$10.000,00 (dez mil reais), sendo certo que esse valor encontra-se de acordo com a situação apreciada nos autos.

Em face de todo o exposto, não merecem acolhida as alegações da segunda apelante.

Primeira apelação

Nas suas razões, pretenderam os autores a inclusão, nos valores a serem restituídos, da comissão de corretagem, que foi decotada da condenação em razão do acolhimento parcial dos embargos de declaração aviados pela ré.

Nesse ponto, não merece reparos a sentença.

Ao se analisar a exordial, observa-se que em momento algum é mencionada a comissão de corretagem pelos autores e tampouco há prova de que tenham feito tal desembolso em favor da ré.

Na realidade, o que se verifica é que o vendedor do imóvel é que possivelmente pagou a comissão de corretagem à ré, como é de praxe em casos como este.

Não podem os autores, em razão de um equívoco (posteriormente corrigido) do magistrado, pretender obter indenização que não lhes é devida, sob pena de enriquecimento ilícito.

Por derradeiro, no que tange à indenização no valor pleiteado pelos autores, tem-se que razão não lhes assiste, pois devem ser ressarcidos apenas por aquilo que pagaram, e não pelo valor do débito junto à Caixa Econômica Federal.

Diante do exposto, também não há que se prover este recurso.

Conclusão.

Mediante tais considerações, rejeito a preliminar e nego provimento a ambos os recursos, mantendo-se a sentença por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pelos respectivos apelantes, suspensa a exigibilidade em relação à segunda apelação, em razão da assistência judiciária gratuita.

DES. WANDERLEY PAIVA - De acordo com o Relator.

DES.ª SELMA MARQUES - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

...

Ação de cobrança - *Royalties* - Autorização comercial - Prazo determinado - Notificação - Não renovação - Obrigação acessória - Ausência de condição suspensiva ou resolutiva

Apelação cível. Ação ordinária de cobrança. *Royalties*. Autorização comercial. Prazo determinado. Notificação. Não renovação. Obrigação acessória. Ausência de condição suspensiva ou resolutiva. Improcedência.

- Considera-se extinto o contrato quando implementado o prazo de vigência estipulado livremente pelas partes, observada a exigência de notificação da contraparte sobre a não renovação automática.

- Não se considera escrita condição em cláusula de obrigação acessória quando não expressamente consignado o efeito sobre o objeto e o prazo geral e determinado de duração do contrato.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.273762-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: C.B.Ltda. - Apelados: C.L.S.C.C.Ltda.; J.M.F.; T.G.F.; F.G.F. - 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, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2011. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCELO RODRIGUES - Cuida-se de apelação interposta por I.P.P.S.A. (nova denominação de C.B.Ltda.), em face da sentença de f. 106/114-TJ, pela qual o Juiz singular julgou improcedente o pedido inicial na ação de cobrança que move contra C.L.S. C.C.Ltda., J.M.F., T.G.F., F.G.F. e condenou-a ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em R$1.200,00 (mil e duzentos reais).

Houve interposição de embargos de declaração às f. 115/118-TJ, pela autora, rejeitados pelo Juiz singular na decisão de f. 119/120-TJ.

Em suas razões recursais de f. 122/131-TJ, insurge-se a apelante alegando que o Juiz interpretou de forma equivocada o contrato, visto que na cláusula 5.1 havia previsão de prorrogação automática do prazo contratual no silêncio das partes, sendo que não houve notificação das apeladas a esse respeito. Alega, ainda, que o parágrafo único da mesma cláusula condiciona o término do contrato ao complemento da galonagem de 12.840.000 m³ de GNV e que, após os cinco anos de contrato, as apeladas não haviam cumprido essa meta. Aduz que não seria crível que ela abrisse mão da exclusividade para vender produto de outra distribuidora, sob sua bandeira, sem receber os *royalties*, motivo pelo qual não se pode interpretar pela extinção do contrato.

Preparo do recurso à f. 132-TJ.

Contrarrazões às f. 134/138-TJ, pelo não provimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Em que pese os argumentos alinhavados pela apelante, não há razões para a reforma da sentença.

Conforme apresentado nos autos, as partes firmaram um acordo comercial para comercialização de gás natural veicular, sob remuneração mensal de R$ 0,07 (sete centavos), a título de *royalties*, com o prazo fixo de cinco anos, podendo ser renovado pelas partes. Ocorre que, até janeiro de 2008, as apeladas estavam quitando sua obrigação, quando deixaram de pagar o preço avençado.

De acordo com o que foi relatado, a apelante sustenta sua tese no fato de não ter sido notificada sobre a pretensão de não renovação automática da avença, por parte das apeladas, ou mesmo a não implementação da condição contratual de venda mínima total de 12.840.000 m³ de GNV, segundo a cláusula 5.1 e seu parágrafo único, visto à f. 12-TJ.

Todavia, verifica-se que a primeira tese cai por terra com o confronto do documento de f. 100/102-TJ, porquanto a apelante contranotificou as apeladas a respeito da pretensão de não renovação do vínculo relativo à comercialização do GNV. A data da notificação foi destacada pela própria apelante e coincide com os trinta dias anteriores ao término do contrato, conforme pontuado pelo Juiz singular.

Lado outro, com relação à necessidade de venda mínima de 12.840.000 m³ de GNV, para que a avença seja considerada completa e acabada, não prospera.

O parágrafo único da cláusula 5.1, f. 12-TJ, dispõe que: "O presente contrato poderá ser prorrogado ou mesmo rescindido de pleno direito, caso seja atingida a galonagem de 12.840.000 m³".

Nesses termos, a cláusula não pode ser considerada uma condição, seja por não suspender o negócio, seja por não resolvê-lo, porquanto não houve consignação ou ressalva de qualquer efeito com relação à prorrogação da duração do prazo contratual referido na cláusula geral, acaso não atingida a meta estabelecida.

Não está absolutamente claro, muito menos há como extrair do contrato que o negócio jurídico só é vantajoso à apelante caso realizada a venda do mínimo estabelecido nessa cláusula.

Logo, essa cláusula assume natureza junto à obrigação, como acessória. E a interpretação que se deve fazer de tal disposição, especial e acessória à cláusula geral 5.1, é no sentido de que, antes do prazo contratual de cinco

anos previsto no *caput* (cabeça) da cláusula quinta, que se refere ao prazo, o contrato poderá ter seu fim ou ser prorrogado caso atinja a venda mínima indicada.

Os deveres anexos decorrem de um fato jurídico obrigacional cuja finalidade não corresponde diretamente à realização ou à substituição da prestação.

Clóvis do Couto e Silva assevera que

> A medida da intensidade dos deveres secundários, ou anexos, é dada pelo fim do negócio jurídico. Mas, tal finalidade, no que toca à aplicação do princípio da boa-fé, não é apenas o fim da atribuição, de que normalmente se fala na teoria da causa. Por certo, é necessário que essa finalidade seja perceptível à outra parte. Não se cuida, aí, de motivo, de algo psicológico, mas de um *plus* que integra o fim da atribuição e que está com ele intimamente relacionado. A desatenção a esse *plus* torna o adimplemento insatisfatório e imperfeito (*A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 41).

Os deveres acessórios que vinculam as partes dependem da análise do caso concreto. Visam, de certa forma, evitar situações danosas para a outra parte, desde que consignada no contrato, ou mesmo inerente à própria relação negocial.

Logo, no caso concreto, tem-se que, completados os cinco anos desde o primeiro fornecimento de GNV, que ocorreu em 24.11.2002 e uma vez notificada a apelante da não pretensão de renovação do contrato em 02.10.2007, é de rigor a observação da regra geral que instituiu o prazo de cinco anos de duração da avença, porquanto não se vislumbra que da relação contratual era absolutamente previsível a essencialidade de complemento da meta de venda como resolutivo da avença.

Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante.

DES. MARCOS LINCOLN - De acordo com o Relator.

DES. WANDERLEY PAIVA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Direito tributário - ISSQN - Serviço notarial - Caráter personalíssimo da delegação - Exercício da função por terceiros - Possibilidade - Contratação - Aplicação da exceção prevista no art. 9º, § 1º, do Decreto-lei nº 406/68 - Afastamento - Tutela antecipada indeferida

Ementa: Agravo de instrumento. Tributário. Serviços notariais e de registro público. Inaplicabilidade da norma inserta no art. 9°, § 1°, do Decreto-lei n° 406/68.

- O caráter personalíssimo da delegação dos serviços notariais e de registro público não se confunde com a natureza das funções exercidas pelo serventuário, que podem ser realizadas por terceiros (exceto lavratura de testamentos), a critério do delegatário, afastando a aplicação da exceção prevista no art. 9°, § 1°, do Decreto-lei n° 406/68, que pressupõe o exercício de trabalho pessoal do próprio contribuinte, de forma a beneficiar os prestadores de serviço que auferem renda exclusivamente de seu labor.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0637.10.002220-0/001 - Comarca de São Lourenço - Agravante: Fazenda Pública do Município de São Lourenço - Agravados: M.J.S.A. e outros - Relator: DES. BITENCOURT MARCONDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Bitencourt Marcondes, 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, 28 de abril de 2011. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Município de São Lourenço em face da r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Pedro Jorge de Oliveira Netto, da 1ª Vara Cível da Comarca de São Lourenço, que, no âmbito da ação ordinária ajuizada por M.J.S.A. e outros, deferiu tutela antecipada, para determinar que o réu se abstenha de cobrar o ISSQN, enquadrando os autores como detentores de sociedade e seus escreventes substitutos como sócios.

Decisão à f. 100, recebendo o agravo apenas no efeito devolutivo.

Contraminuta apresentada às f. 105/107.

Informações às f. 110/111.

É o relatório.

Pleiteia a reforma da decisão deferitória da tutela antecipada, aos seguintes argumentos:

- impossibilidade de concessão da tutela em face da Fazenda Pública, nos termos do art. 1° da Lei n° 8.437/92;

- ausência dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada;

- legalidade da exação do ISSQN em relação à atividade cartorária e de registro, conforme item 21 da lista anexa ao Código Tributário Municipal;

- a tributação dos serviços autônomos, na forma estabelecida pelo art. 9º do Decreto-lei nº 406/68 é feita apenas nos casos em que a prestação de serviços ocorre de forma pessoal;

- na hipótese de serviços prestados pelo oficial, pessoalmente e com o auxílio de até dois empregados não habilitados, a tributação é realizada anualmente, contudo, quando o serviço é prestado com ajuda de mais de um profissional habilitado, que age em nome do cartório e assume responsabilidade pessoal, a tributação ocorre mensalmente, levando-se em consideração a quantidade de profissionais habilitados, na forma do art. 105 da Lei nº 1.864/93;

- o art. 88, § 2º, II, da Lei nº 1.864/93, considera como empresa, para fins de tributação do ISSQN, o contribuinte que, sendo pessoa física, admita, para o exercício de sua atividade, mais de dois empregados e/ou um ou mais profissionais habilitados.

O MM. Juiz *a quo* deferiu a tutela antecipada, aos seguintes fundamentos (f. 87):

> [...]
> Nos termos do art. 9º, § 3º, do DL 406/68, têm direito ao tratamento privilegiado do ISS as sociedades civis, que têm por objetivo a prestação de serviço especializado, com responsabilidade social e sem caráter empresarial.
> A verossimilhança das alegações da parte autora, ou seja, a probabilidade do direito que pretende tutelar é inferida da potencialidade do dano pelo cálculo do ISSQN da forma que está sendo feito, pelo enquadramento como sociedade, bem como pela cobrança retroativa, que, por certo, abala a segurança jurídica, a certeza do direito e a previsibilidade das ações estatais, que sem dúvida alguma estão na base jurídica e ideológica do princípio.
> [...]
> Inicialmente, não vislumbro a existência de vedação legal à concessão da tutela antecipada no presente caso; assim, presentes os requisitos legais, perfeitamente possível a concessão da tutela de urgência em face do Poder Público Municipal.

Os agravados insurgem-se em face da tributação do ISSQN na forma estabelecida pelo art. 105 da Lei nº 1.864/93, isto é, mensalmente e levando-se em consideração a quantidade de profissionais habilitados. Sustentam que a cobrança do tributo deve ser feita por alíquota fixa, conforme estabelece o art. 9º, § 1º, do Decreto-lei nº 406/68, pois prestam serviços em caráter pessoal e por delegação do Poder Público.

O art. 236 da Constituição Federal assim dispõe:

> Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.
> § 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.
> § 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.
> § 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Nesse contexto, ressalto que a natureza personalíssima da delegação dos serviços notariais e de registro, por si só, não leva à conclusão de que o serviço é prestado mediante trabalho pessoal do próprio contribuinte, até porque os arts. 20 e seguintes da Lei nº 8.935/94, que regulamenta a norma inserta no art. 236 da Constituição Federal, estabelecem a possibilidade de o delegatário contratar, sob o regime celetista, auxiliares e escreventes, que, inclusive, podem atuar como substitutos dos serventuários, esclarecendo que a gestão administrativa e financeira das serventias é de sua exclusiva responsabilidade, inclusive quanto a investimentos, custeio e remuneração de pessoal:

> Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho.
> § 1º Em cada serviço notarial ou de registro haverá tantos substitutos, escreventes e auxiliares quantos forem necessários, a critério de cada notário ou oficial de registro.
> § 2º Os notários e os oficiais de registro encaminharão ao juízo competente os nomes dos substitutos.
> § 3º Os escreventes poderão praticar somente os atos que o notário ou o oficial de registro autorizar.
> § 4º Os substitutos poderão, simultaneamente com o notário ou o oficial de registro, praticar todos os atos que lhe sejam próprios exceto, nos tabelionatos de notas, lavrar testamentos.
> § 5º Dentre os substitutos, um deles será designado pelo notário ou oficial de registro para responder pelo respectivo serviço nas ausências e nos impedimentos do titular.
> Art. 21. O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços.

Assim, o fato de a delegação do serviço público ser realizada por pessoa física - profissional do Direito, devidamente aprovado em concurso público - não leva à conclusão de que a função seja necessariamente exercida em caráter pessoal.

Com efeito, os notários e oficiais de registro podem contratar auxiliares e escreventes, quantos forem necessários, a critério de cada notário ou oficial de registro (art. 20, § 1º), e, também, substitutos, que podem praticar todos os atos que lhe sejam próprios exceto, nos tabelionatos de notas, lavrar testamentos (art. 20, § 4º).

Vale dizer: o caráter personalíssimo da delegação do serviço público não se confunde com a natureza das funções dos notários e oficiais de registro, que, como já observado, podem ser exercidas por terceiros (exceto lavratura de testamentos), a critério do delegatário, o

que, a meu ver, afasta a aplicação da exceção prevista no art. 9º, § 1º, do Decreto-lei nº 406/68, que pressupõe a realização de trabalho pessoal do próprio contribuinte.

Diante desses elementos, não vislumbro verossimilhança no direito invocado na inicial, a ensejar a concessão da tutela antecipada.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão objurgada e indeferir a tutela antecipada.

Custas, na forma da lei.

É como voto.

DES. FERNANDO BOTELHO - De acordo.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Sr.ª Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - RECURSO PROVIDO PELO RELATOR E 1º VOGAL. PEDIU VISTA O 2º VOGAL.

Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 28.10.2010, a pedido do 2º Vogal, após votarem este Relator e o 1º Vogal provendo o recurso.

Com a palavra o Des. Edgard Penna Amorim.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Pedi vista dos autos em sessão passada e acompanho o em. Relator, pois é razoável o entendimento de que o caráter personalíssimo da delegação não interfere com a subsunção da situação do contribuinte à previsão da lei municipal de que o imposto será devido por "número de profissionais habilitados", nestes incluídos os empregados eventualmente contratados pela serventia.

De mais a mais, não me convenci, ao menos neste momento, acerca do argumento acolhido pelo il. Juiz *a quo* de que não haveria previsão orçamentária da receita do ISSQN, o que inviabilizaria a cobrança do tributo.

Sem embargo, reservo-me o oportuno aprofundamento do exame na matéria por ocasião de eventual recurso de apelação.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso, nos termos do dispositivo do voto do em. Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

. . .

Ação civil pública - Meio ambiente - Direito fundamental indisponível - Ausência de interesse patrimonial direto - Prescrição - Afastamento - Edificação em área de preservação permanente - Posto de gasolina - Laudo pericial comprobatório - Art. 225, § 3º, CF/88 - Responsabilidade objetiva ambiental - Ausência de prévio licenciamento - Resolução 273/2000 do Conama - Exigibilidade - Dever de remoção do imóvel e recuperação da área degradada

Ementa: Ação civil pública. Posto de combustível. Construção em área de preservação permanente. Prescrição afastada. Agressão ao meio ambiente. Danos demonstrados.

- Tratando-se de ação civil pública que busca a tutela do meio ambiente, direito fundamental indisponível, sem interesse patrimonial direto, não há que se falar em prescrição, aplicando-se a regra geral da imprescritibilidade das ações coletivas.

- A proteção ao meio ambiente, por se tratar de um direito fundamental para preservação do planeta, não se sujeita à prescrição sob pena de comprometer o *modus vivendi* das gerações futuras com relação a seu *habitat* natural.

- O art. 225 da CR impõe ao Poder Público o dever de defender um meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, incumbindo-lhe definir espaços territoriais a serem especialmente protegidos juntamente com a flora e fauna que o guarnece.

- Constatada a construção sem qualquer autorização dos órgãos competentes em área de preservação permanente, causando danos ao meio ambiente e desrespeitando a legislação ambiental vigente à época, deve o proprietário ser condenado à sua retirada bem como a promover a recuperação da área degradada.

- Porque não sabe se defender o meio ambiente, é o Estado o seu preservador natural sob pena de comprometimento irreversível daquele referido meio inerme e inerte.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0498.05.006146-0/004 - Comarca de Perdizes - Apelante: D.R.B.P. Ltda. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. BELIZÁRIO DE LACERDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Wander Marotta, 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 maio de 2011. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Hugo Leonardo Teixeira.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de f. 550/532, a qual julgou parcialmente procedente a ação civil pública para impor ao réu a obrigação de demolir e remover, no prazo máximo de sessenta dias a contar do trânsito em julgado, toda e qualquer edificação situada no imóvel em que alocado o empreendimento, sob pena de multa diária de R$300,00, cabendo-lhe ainda a restituição integral da vegetação natural da área na forma e prazos a serem estabelecidos tecnicamente pelo órgão ambiental competente, sob pena de multa na forma e valor acima estabelecidos acaso descumprido o prazo e condições fixadas.

Em suas razões recursais de f. 567/578 pugna pela reforma da sentença alegando que a ação civil pública foi interposta com objetivo de caráter de perseguição pessoal, foi interposta após expirado o prazo prescricional de dez anos e no mérito alega que o posto de gasolina não foi construído em área de preservação ambiental.

Foram apresentadas contrarrazões às f. 582/587.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer de f. 597/608 opina pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso visto que satisfeitos seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Da alegada prescrição.

Entendo não merecer guarida tal pretensão, haja vista que, tratando-se de ação civil pública que busca a tutela do meio ambiente, direito fundamental indisponível, sem interesse patrimonial direto, não se buscando, então, uma reparação patrimonial propriamente dita, não há que se falar em prescrição.

Assim preleciona o escoliasta Edis Milaré que:

> A ação civil pública não conta com disciplina específica em matéria prescricional. Tudo conduz, entretanto, à conclusão de que se insere ela no rol das ações imprescritíveis.
> A doutrina tradicional repete uníssona que só os direitos patrimoniais é que estão sujeitos à prescrição [...] Ora a ação civil pública é um instrumento para tutela jurisdicional de bens-interesses de natureza pública, insuscetíveis de apreciação econômica, e que têm por marca característica básica a indisponibilidade. Versa, portanto, sobre direitos não patrimonais, direitos sem conteúdo pecuniário'.
> Outros autores também defenderam essa imprescritibilidade genérica das ações coletivas. Ricardo de Barros Leonel entende que no geral 'não ocorrem a prescrição e a decadência com relação aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e suas respectivas ações' (in *Curso de direito processual civil*: processo coletivo. 3. ed. JusPodium, v. 4, p. 285/286).

Sobre o tema, este Tribunal:

> Ementa: Direito ambiental. Constituição de reserva legal. Inocorrência de prescrição. Imposição em toda e qualquer propriedade rural independente de existência de floresta ou vegetação nativa. Necessidade de recuperação da área devastada. Interpretação que se amolda ao princípio constitucional que assegura a todos, inclusive às futuras gerações, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Inteligência do art. 225 da Constituição da República. - A proteção ao meio ambiente, por se tratar de um direito fundamental para preservação do planeta, pertencente à humanidade e às gerações futuras, constitui matéria imprescritível. O art. 225 da CF impõe ao Poder Público o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, incumbindo-lhe, para tanto, definir espaços territoriais a serem especialmente protegidos e, também, proteger a fauna e a flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica (CF, art. 225, § 1°, III e VII). (ADInMC 1.952-DF, Rel. Min. Moreira Alves, 12.8.99) [...]. (TJMG - Apelação Cível n° 1.0035.04.032379-8/001 - Relatora: Maria Elza - Data da publicação: 11.11.2005).

Tratando-se de ação civil pública que busca a tutela do meio ambiente, direito fundamental indisponível, sem interesse patrimonial direto, não há que se falar em prescrição, aplicando-se a regra geral da imprescritibilidade das ações coletivas.

Rejeito a preliminar.

Do mérito.

A ação civil pública foi interposta objetivando que a ré seja compilada a promover a demolição e retirada de todas as instalações de posto de gasolina, e reconstituição do patrimônio público ambiental lesado.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido impondo ao réu a obrigação de demolir e remover, no prazo máximo de sessenta dias a contar do trânsito em julgado, toda e qualquer edificação situada no imóvel em que alocado o empreendimento, sob pena de multa diária de R$300,00, cabendo-lhe ainda a restituição integral da vegetação natural da área na forma e prazos a serem estabelecidos tecnicamente pelo órgão ambiental competente, sob pena de multa na forma e valor acima estabelecidos acaso descumprido o prazo e condições fixadas.

Entendo que a r. sentença examinou a questão com a devida acuidade, não merecendo qualquer reparo.

Em relação à proteção do meio ambiente, é cediço que a Constituição da República assegura a todos, inclusive às gerações futuras, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida. Assim, toda ação que possa gerar dano ao meio ambiente deve ser previamente analisada a fim de se evitar, ou minimizar, o

impacto ambiental, conforme dispõem os princípios da precaução e prevenção.

Nesse sentido, dispõe a Constituição da República:

> 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.

Portanto, conforme expresso na Constituição, todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Destaca-se ainda que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal, consagra a teoria da responsabilidade objetiva ambiental:

> § 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.

O artigo acima citado não destoa da Lei de Ação Civil Pública, que é o meio processual adequado e destinado à responsabilização dos agentes públicos ou não, pelos danos causados ao meio ambiente (Lei 7.347/85).

Conforme se depreende dos autos, em especial o laudo pericial, ficou comprovada a ilegalidade da construção efetuada pela ré:

> O Posto Perdizes está localizado em área de preservação permanente sobre aterro construído a menos de 30 metros de curso d'água com menos de 10 metros de largura. Parte da construção do aterro está sobre brejo, considerando tecnicamente como olho d'água; do qual deveria ter sido resguardada uma margem de 50 metros. Tudo conforme incisos a-1 e c do art. 2º do Código Florestal Brasileiro (f. 141).

Importante salientar as exigências do Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama, que, através da Resolução nº 273/2000, determinou que os postos de gasolina se submetessem a licenciamento ambiental, o que não fora apresentado pela ré.

Como bem salientou a douta Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer:

> Firmados esses aspectos, não há dúvida de que o posto de gasolina foi edificado em área de preservação permanente, sem o prévio licenciamento ambiental, conforme demonstram os laudos periciais do IEF (f. 80, f. 85/90, f. 141/144) e ocorrências lavradas pela Polícia Militar Florestal (f. 111/113) - f. 607.

E, por fim, a FEAM negou o licenciamento ambiental ao empreendimento, o que impede seu funcionamento e a manutenção de suas instalações.

Quanto ao argumento de que a ação civil pública foi manejada com caráter de perseguição pessoal, e a insubsistência da prova apresentada, entendo não merecer guarida tal pretensão, muito pelo contrário, ficou claramente demonstrada nos autos a infringência às normas ambientais pela ré.

A proteção ao meio ambiente, por se tratar de um direito fundamental para preservação do planeta, não se sujeita à prescrição sob pena de comprometer o *modus vivendi* das gerações futuras com relação a seu *habitat* natural.

O art. 225 da CR impõe ao Poder Público o dever de defender um meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, incumbindo-lhe definir espaços territoriais a serem especialmente protegidos juntamente com a flora e a fauna que o guarnecem.

Constatada a construção sem qualquer autorização dos órgãos competentes em área de preservação permanente, causando danos ao meio ambiente e desrespeitando a legislação ambiental vigente à época, deve o proprietário ser condenado à sua retirada bem como a promover a recuperação da área degradada.

Porque não sabe se defender o meio ambiente, é o Estado o seu "preservador natural pena de comprometimento irreversível daquele referido meio inerme e inerte".

Em tais termos, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

DES. PEIXOTO HENRIQUES - Sr. Presidente. Embora tenha feito revisão dos autos, peço vista e solicito que seja encaminhada, ao meu gabinete, a nota taquigráfica contendo a sustentação oral.

Notas taquigráficas

DES. WANDER MAROTTA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 24.05.2011, a pedido do Revisor, após votar o Relator negando provimento ao recurso.

Com a palavra o Des. Peixoto Henriques.

DES. PEIXOTO HENRIQUES - Sr. Presidente. Fiz a releitura dos autos e trago voto escrito, cuja leitura passo a fazer.

Trago para continuidade do julgamento a apelação interposta pela D.R.B.P. Ltda. contra sentença do MM. Juiz de Direito da Comarca de Perdizes, que, julgando parcialmente procedente a "ação civil pública" ajuizada em seu desfavor pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ordena-lhe a demolição e a remoção, no prazo de sessenta dias após o trânsito em julgado do decidido, de toda e qualquer edificação de seu "Auto Posto de Serviços Perdizes Ltda.", situado na Av. Gersino Coutinho nº 700 - Centro, no Município de Perdizes, bem como a reconstituição integral da vegetação natural da área, reconhecida como de preservação permanente.

Pedi vista dos autos na sessão anterior para melhor análise dos dois argumentos levantados na respeitosa

sustentação oral então feita pelo ilustre patrono da apelante; quais sejam: o de que seu posto de gasolina não se encontra em área de preservação permanente; e, ainda que estivesse, trata-se de área de ocupação antrópica consolidada.

Data maxima venia, sem razão a apelante.

Nos termos da "perícia complementar" de f. 141/145, comprovado ficou que: "o Posto Perdizes está localizado em área de preservação permanente sobre aterro construído a menos de 30 metros de curso d'água com menos de 10 metros de largura", bem como que "parte da construção do aterro está sobre brejo, considerado tecnicamente como olho d'água; do qual deveria ter sido resguardada uma margem de 50 metros", isto "tudo conforme incisos a-1 e c do art. 2º do Código Florestal Brasileiro" (v. item 1, f. 141).

Com a redação dada pela Lei nº 7.803/89, eis o que diz o citado art. 2º, *a* e *c*, do Código Florestal Brasileiro (Lei nº 4.771/65):

> Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:
> a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja:
> 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
> [...]
> c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;

Adiante, não deixando dúvida alguma de que a área de preservação permanente pode perfeitamente existir dentro de uma zona urbana e, notadamente, que a legislação municipal jamais poderá dispor de forma diversa dos princípios e limites estatuídos no art. 2º do Código Florestal, o parágrafo único deste mesmo preceito proclama:

> No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.

Logo, inexorável a conclusão de que, de fato, o posto da apelante se encontra realmente em área de preservação ambiental.

Quanto ao socorro buscado pelo réu/apelante no art. 11-A da LE nº 14.309/02, que exige respeito à ocupação antrópica consolidada em área de preservação permanente localizada em zonas urbanas, inconcebível conferir-lhe a proteção do preceito evocado por uma razão muito simples: a de que a ocupação efetivada pelo réu/apelante foi realizada ao arrepio da legislação vigente, sem a autorização legal, tratando-se, portanto, de construção clandestina, ilícita.

Ora, como já decidiu este eg. TJMG:

> Direito ambiental. Construção em área de preservação permanente. Responsabilidade objetiva. Reparação. Obrigação *propter rem*. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. É cediço que a Constituição da República assegura a todos, inclusive às gerações futuras, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida. Assim, toda ação que possa gerar dano ao meio ambiente deve ser previamente analisada a fim de se evitar, ou minimizar, o impacto ambiental, conforme dispõem os princípios da precaução e prevenção. Como afirmado pela jurisprudência, forte na legislação ambiental, o proprietário tem responsabilidade objetiva pelo dano ambiental ocorrido em sua propriedade, sendo seu dever zelar pela biota sob sua vigilância, assim como pela recomposição do meio ambiente presente em sua propriedade, observada as disposições legais federais e estaduais que versam sobre a questão. Em relação à responsabilidade ambiental, o Superior Tribunal de Justiça assevera que se cuida de obrigação *propter rem*, incidindo sobre todos os proprietários de áreas protegidas, seja em relação à prevenção, seja em relação à recomposição do ambiente danificado. Embora a construção feita em área de preservação permanente seja vedada pela legislação ambiental, a denominada construção consolidada poderá eventualmente ser mantida, desde que seja formalizado perante o IEF o processo administrativo para a regularização da ocupação e da edificação conforme previsto expressamente pelo próprio art. 11 da Lei Estadual nº 14.309/2002 e por seu decreto regulamentador, Decreto nº 43.710/2004. (AC nº 1.0338.08.069436-1/001, 5ª CCív/TJMG, Rel.ª Des.ª Maria Elza, *DJ* de 14.07.2010.)

Embora o "alvará de licença para construção" de f. 268, emitido aos 16.11.2000, ateste autorização da Prefeitura de Perdizes para a edificação do posto, à f. 86 afirma o engenheiro florestal do IEF em Araxá que "não houve autorização, outorga ou solicitação de nenhum tipo de licenciamento junto a este órgão".

Anoto, ainda, haver assinalado a engenheira florestal do IEF ao final de seu "laudo pericial" que:

> *in loco*, constatei que houve o pedido de licenciamento ambiental junto a FEAM e que foi feito um projeto ambiental para a regularização do mesmo, contudo o licenciamento ainda não saiu, pois o posto não obteve as condicionantes do licenciamento e o projeto ambiental não foi colocado em prática (f. 76/77).

Lado outro, como lembrado pelo d. Sentenciante:

> não há direito adquirido absoluto decorrente da ocupação antrópica já consolidada, pois as restrições legais de APP seguem o imóvel e incidem a partir da vigência da lei (AC nº 1.0223.03.126435-9/002, 1ª CCív/TJMG, Rel.ª Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade, *DJ* de 10.03.2006).

A construção da apelante, como dito pelo respeitado Procurador de Justiça Nedens Ulisses Freire Vieira, afronta

as normas firmadas na Constituição Federal (arts. 5º, XXII e XXIII, 170, III, e VI, 182, 186 e 225, *caput*, e § 1º, III, IV e VI, e 3º) e no ordenamento infraconstitucional (artigo 2º, § 1º, da Lei n. 4.505/64; artigo 9º, § 2º, da Lei n. 8.629/93; artigos 3º, 6º, 10 e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81; artigos 2º e 4º da Lei n. 4.771/65; Resolução Conama n. 237/97; Resolução n. 273/2000; artigos 10/13 do Código Florestal Mineiro, Lei Estadual n. 12.585/97, Decreto Estadual n. 18.466/77 e Decreto Estadual n. 43.278/2003, Deliberação Normativa Copam 50/01) (f. 607).

Não é crível, pondere-se, que a apelante, empresa com considerável experiência no mercado (f. 243/244), ignore dita legislação.

Por fim, no que concerne ao reclame da apelante acerca da perseguição do d. Promotor de Justiça, observo, pelo anexo fotográfico de f. 143/144 e 293/298, que a única edificação a desrespeitar os limites da área de preservação permanente é a do posto, não sendo possível visualizar a existência de residências a igualmente desrespeitá-los; além do que, como faz prova a certidão judicial de f. 321/327, o d. RMP que ajuizou ação civil pública contra a apelante foi o signatário de outras 499 ações da mesma natureza na Comarca Perdizes no período de 20.12.2001 a 30.11.2005, o que, força convir, desmerece, sobremaneira, o alegado viés persecutório desta demanda.

Com tais considerações, acompanho o em. Relator, endossando a bem-lançada sentença de f. 550/562.

Também nego provimento ao apelo.

É como voto.

DES. WANDER MAROTTA - Também nego provimento, nos termos dos votos antecedentes, uma vez que a jurisprudência do STJ está consolidada no sentido de que não há direito adquirido em matéria de meio ambiente, principalmente quando se trata de APP.

Na verdade, quando se alega a existência de uma já consolidada ocupação, tal alegação refere-se a um pretenso direito adquirido que não existe.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Servidor público - Direção sindical - Cargo de secretário geral - Licença remunerada - Previsão na legislação local - Cabimento - Mandado de segurança - Concessão da ordem

Ementa: Reexame necessário. Servidor público. Direção sindical. Cargo de secretário geral. Licença remunerada. Previsão na legislação local. Princípio da legalidade. Discricionariedade. Descabimento.

- O servidor público tem direito ao afastamento de suas funções para o exercício de mandato de direção ou representação sindical como decorrência lógica do direito à livre associação sindical assegurada no art. 37, VI, da Constituição Federal.

- Prevendo a Lei Orgânica do Município de Jaíba a concessão de licença remunerada aos servidores eleitos para o cargo de presidente, tesoureiro e secretário de sua entidade sindical, sendo quanto a esses dois últimos cargos restrito ao primeiro da relação, não cabe discricionariedade na concessão do benefício pela Administração quando presentes os requisitos legais.

- Deve ser preservada a remuneração do servidor eleito para o cargo de secretário geral da diretoria sindical, na forma da legislação local.

Sentença confirmada no reexame necessário.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0393.09.031615-8/001 - Comarca de Manga - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível e Criminal de Execuções Penais da Comarca de Manga - Autor: J.A.S.O. - Réu: Município de Jaíba - Autoridade coatora: Prefeito Municipal de Jaíba - Relatora: DES.ª HELOÍSA COMBAT

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Almeida Melo, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 30 de junho de 2011. - *Heloísa Combat* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Conheço da remessa oficial, presentes os seus pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por J.A.S.O. contra ato do Prefeito de Jaíba, pretendendo receber a remuneração correspondente ao seu cargo de digitador, que ocupa nos quadros do Município durante o período em que estiver afastado no exercício das funções de Secretário Geral do Sindicato dos Servidores Municipais de Jaíba.

O digno Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Manga concedeu em parte a segurança impetrada, para determinar à autoridade impetrada que proceda ao pagamento da remuneração devida ao impetrante correspondente ao seu cargo, a partir de agosto de 2009 até o término da vigência do mandato sindical, considerando

que o mandado de segurança não se presta à cobrança de débitos constituídos antes da propositura da ação.

O impetrante comprovou que ocupa o cargo efetivo de digitador do Município de Jaíba, tendo sido nomeado em 17 de março de 1998 (f. 16). Demonstrou, ainda, que ao final do ano de 2008 foi eleito para ocupar o cargo de secretário geral do Sindicato do Servidor Público Municipal de Jaíba, sendo empossado em 1º.01.2009, vigendo o mandato até 31.12.2011 (f. 25/27).

Não obstante solicitado o afastamento remunerado do servidor para exercer o mandato eletivo sindical, em 26 de fevereiro de 2009 a Administração Pública encaminhou ao impetrante comunicado em que o convoca para se apresentar à Secretaria Municipal de Saúde para prestar serviços no Hospital Municipal em vista da insuficiência de funcionários (f. 24)

O contracheque de f. 18 registra que no mês de abril e maio de 2009 o servidor sofreu descontos em sua remuneração a título de faltas, embora no período estivesse afastado do exercício das funções em vista do exercício do mandato sindical. Com referência a abril recebeu vencimentos de apenas R$ 57,96, e no mês seguinte não auferiu qualquer remuneração do Município.

O direito ao afastamento das funções do cargo para o exercício de mandato sindical se encontra assegurado na Constituição Federal, em seu art. 8º, *caput*, e foi estendido aos servidores públicos, através da Emenda 19/98, que acrescentou a previsão ao art. 37, VI.

Não cuidou a norma constitucional, entretanto, de estabelecer as regras para a liberação dos servidores para o exercício de cargos de direção sindical, questão que deve ser disciplinada pela legislação local, observada a competência prevista no art. 30, I, da Constituição Federal, tendo por baliza os princípios estabelecidos nas Cartas Federal e Estadual.

Assim, admite-se que a lei estabeleça limites ao número de representantes que fariam jus à liberação, na esteira do que foi versado pela Constituição Mineira, em seu art. 34, tudo com vistas a preservar a eficiência e a continuidade dos serviços públicos, pois a liberação irrestrita de servidores para desempenhar funções sindicais, custeada pelos cofres públicos, oneraria toda a coletividade.

No Município de Jaíba a questão foi tratada na Lei Orgânica nos seguintes termos:

> Art. 54. O servidor ou empregado público municipal eleito para diretoria de sua entidade sindical, nos cargos de presidente, secretário e tesoureiro, poderá afastar-se de seu cargo, emprego ou função, durante o período de mandato sem prejuízo de seus salários e demais direitos.
> § 1º Havendo mais de um secretário ou tesoureiro, apenas ao primeiro da relação assistirá direito ao afastamento remunerado do cargo.

Denota-se que a própria norma estabeleceu limitação necessária à preservação dos princípios da eficiência e da continuidade dos serviços públicos, pois a liberação irrestrita de servidores para desempenhar funções sindicais, custeada pelos cofres públicos, oneraria toda a coletividade.

A licença remunerada foi assegurada ao servidor eleito para o cargo de presidente e a um secretário e tesoureiro sindical, de forma que, sendo eleitos mais de um representante para esses cargos, o benefício alcançará apenas o primeiro da relação.

Assim, nos termos da lei, não se conferiu discricionariedade à Administração Pública no sentido de ponderar a conveniência da concessão da licença, quando presentes os requisitos estabelecidos.

A Administração Pública deve atuar nos estritos limites da legalidade e, assim sendo, cumpre-lhe verificar apenas o preenchimento dos requisitos legais para deferir ou não a licença remunerada para desempenho de mandato classista, sem exceder a norma, estabelecendo limites ou condições que a lei não prevê.

Ao negar o pedido de licença sob o fundamento de necessidade do serviço, a Administração Pública atenta contra a liberdade de associação sindical, que tem entre seus pilares a vedação da interferência e intervenção do Poder Público na sua organização (art. 8º, I, da CF/88).

A ata de reunião de posse da nova diretoria do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Jaíba juntada à f. 26 demonstra que o impetrante é o primeiro secretário constante na relação da diretoria, sendo eleito para o cargo de secretário geral, fazendo jus, dessarte, à licença remunerada.

Pelos fundamentos expostos, no reexame necessário confirmo a r. sentença que concedeu em parte a segurança, tendo rejeitado apenas a pretensão relativa à remuneração do mês de julho de 2009, já vencida na data da impetração do *mandamus*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALMEIDA MELO e AUDEBERT DELAGE.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

...

Ação de consignação em pagamento - Seguro de vida - Alegação de inadimplência - Contrato de adesão - Cláusulas contratuais contraditórias - Art. 47 do CDC - Inteligência - Prevalência da cláusula mais favorável ao consumidor - Inaplicabilidade do art. 763 do CC - Tolerância estabelecida e anuída pela seguradora - Cancelamento do seguro - Impossibilidade - Inexistência de interpelação do consumidor -

Honorários advocatícios da sucumbência - Redução - Inocorrência - Art. 20, § 4º, do CPC - Consonância

Ementa: Apelação. Ação de consignação em pagamento. Seguro de vida. Inadimplência. Cláusulas contratuais contraditórias. Prevalência da cláusula mais favorável ao consumidor. Art. 47 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Inaplicabilidade do art. 763 do Código Civil. Contrato de adesão. Tolerância estabelecida e anuída pela seguradora. Inexistência de interpelação do consumidor. Honorários advocatícios da sucumbência. Redução. Impertinência. Sentença monocrática mantida.

- Havendo contradição nas cláusulas contratuais acerca da tolerância prevista em caso de inadimplência, deve prevalecer aquela que for mais favorável ao segurado (art. 47 do Código de Defesa do Consumidor).

- Não há que se falar em negativa de cobertura por parte da seguradora, com supedâneo no art. 763 do Código Civil, quando se observa que esta última, ao elaborar unilateralmente os termos do contrato ao qual aderiu o segurado, estabeleceu tolerância a respeito dos prazos de pagamento dos prêmios vencidos.

- Não há que se falar em redução da verba honorária advocatícia, quando a mesma foi arbitrada pelo magistrado em rigorosa consonância com o § 4º do art. 20 do CPC, que é o aplicável ao caso em comento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0194.08.089426-5/001 - Comarca de Coronel Fabriciano - Apelante: C.S.S.A. - Apelados: A.P.C. e outra - Relator: DES. ROGÉRIO MEDEIROS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Evangelina Castilho Duarte, 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, 15 de junho de 2011. - *Rogério Medeiros* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Versam os autos em epígrafe ação de consignação em pagamento proposta por A.P.C. e N.P.C., aduzindo as autoras, ora apeladas, que eram beneficiárias do seguro de vida Multipremiado Super, gerido pela seguradora-ré, ora apelante, de nº 1.0118.13000297-0, contratado por M.P.C. (irmão de ambas), na data de 18.04.2004; que o pagamento das parcelas mensais se dava através de débito na conta-poupança nº 0118.013.00008255-8, da agência da Caixa Econômica Federal (CEF) do Município de Intendente Câmara/MG; que o segurado veio a falecer em decorrência de acidente de trânsito ocorrido em 22.07.2008; que, somente no dia 23.07.2008, a beneficiária A.P.C. teve ciência da existência de tal seguro, razão pela qual ligou para a central de atendimento da seguradora-ré, ora apelante, através da qual ficou sabendo do atraso das parcelas mensais vencidas em 18.05.2008, 18.06.2008 e 18.07.2008; que, interpretando a cláusula 11.1 do contrato de seguro em comento, constataram que o débito em aberto poderia ser pago até o dia 16.08.2008; que no dia 23.07.2008 o gerente da agência da CEF no Município de Coronel Fabriciano/MG (onde residia o *de cujus*), a pedido da família do segurado, tentou imprimir os boletos de pagamento das mensalidades em atraso, tendo sido baldada tal tentativa, visto que o sistema operacional da instituição financeira em questão acusou que o atraso era superior a 60 (sessenta) dias; que, em face de tal impossibilidade, o gerente supracitado acionou a Central de Atendimento da CEF - mediante o protocolo nº 1423673 - com o pedido de reprogramação da data do vencimento do débito para 01.08.2008; que, em 24.07.2008, o mesmo preposto da CEF foi novamente procurado e novamente instaurou um procedimento padrão, que mais uma vez nada resolveu, o que se deu também em 28.07.2008, sendo que, nesta última ocasião, foi informado pela central que o seguro em comento estava cancelado, na conformidade da cláusula 12.3, *a*, do contrato de seguro carreado às f. 17/21 destes autos; que, embora a cláusula em comento afirme que com 3 (três) mensalidades consecutivas em atraso o seguro é cancelado, a mesma não indica a forma de contagem de tal prazo, o que contraria diretamente a cláusula 11.1 da mesma avença em comento, que determina que o prazo de 90 (noventa) dias se dá na data de vencimento da primeira parcela em atraso; que deve incidir, *in casu*, o teor do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que determina que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor; que não houve qualquer notificação acerca do distrato do contrato de seguro em comento. Requereram, por fim, dentre outros pedidos de praxe, a autorização para a realização do depósito judicial das parcelas em atraso, a inversão do ônus da prova e a concessão, em favor de ambas, do pálio da gratuidade da justiça.

A gratuidade da justiça foi deferida às autoras, ora apeladas, à f. 33 destes autos.

O depósito judicial das 3 (três) parcelas acima mencionadas foi efetivado às f. 36 e 36-verso, dos autos em epígrafe.

Mediante a r. sentença monocrática de f. 77/78, o douto Magistrado singular *a quo* julgou procedentes os pedidos elencados na peça exordial de f. 02/09 dos autos em epígrafe, declarando quitadas as parcelas contratuais vencidas em 18.05.2008, 18.06.2008 e 18.07.2008.

Em seu recurso de f. 80/86, a seguradora-ré, ora apelante, pugnou pela reforma integral da r. sentença monocrática ora vergastada, sob o fundamento de que a cláusula 11.1 do contrato de seguro mencionado alhures estabelece que é possível o pagamento com tolerância de até 90 (noventa) dias em caso de inadimplência de uma ou mais prestações vencidas em épocas diferentes; que, no caso de três prestações consecutivas em atraso, como é a hipótese destes autos, o contrato de seguro em comento é automaticamente cancelado; que, portanto, não era facultada às autoras, ora apeladas, a purgação da mora via depósito judicial, como determinou o douto Magistrado singular *a quo*; que deve ser levado em consideração o teor do art. 763 do Código Civil, e o art. 41 da Circular/Susep nº 302/2005; que é vedado em lei que o pagamento de prêmio em atraso possa gerar efeitos retroativos, ou seja a purgação da mora não tem efeitos *ex tunc*; que não se pode prestigiar a inadimplência dos segurados, o que ofenderia a essência dos contratos de seguro. Caso não seja esse o entendimento deste Sodalício, a seguradora apelante requereu a minoração dos honorários advocatícios da sucumbência arbitrados pelo ilibado Magistrado singular *a quo*.

Preparo regular, f. 87.

Em suas contrarrazões de f. 91/94, as autoras, ora apeladas, pugnaram pela manutenção integral da r. sentença monocrática ora vergastada e, consequentemente, pelo total desprovimento do recurso ora sob exame.

É o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Não havendo preliminares a serem examinadas, adentro ao mérito da questão posta à minha apreciação.

Compulsando detidamente o feito em epígrafe, vejo que não assiste razão à seguradora ora apelante, no que tange ao seu inconformismo em relação ao teor da r. sentença monocrática de f. 77/78. Se não, vejamos.

Para o deslinde da questão ora sob exame, faz-se necessária a transcrição das seguintes cláusulas do contrato de seguro, cuja cópia se encontra às f. 17/21, ambas encimadas sob o tópico "tolerância em caso de inadimplemento", *verbis*:

> 11.1 Caso ocorra sinistro estando o Segurado em atraso com o pagamento do prêmio do seguro, por prazo não superior a 90 (noventa) dias, contados da data do vencimento da primeira parcela não paga, o pagamento da indenização devida estará condicionado;
> [...].
>
> 12.3 A cobertura individual cessa automaticamente ao final do prazo de vigência da apólice se esta não for renovada, ou ainda:
> a) com 03 (três) parcelas mensais consecutivas pendentes de pagamento no caso de periodicidade mensal, e para os seguros contratados com a periodicidade de pagamento anual, após 01 (uma) parcela pendente - f. 19/20.

Após análise minuciosa destes autos, anoto que, vencida a primeira prestação em atraso em 18.05.2008, e contados os 90 (noventa) dias mencionados na cláusula 11.1 acima transcrita, chega-se à conclusão evidente que a mora poderia ser purgada até a data de 16.08.2008, sendo que a presente ação foi proposta em 31.07.2008, razão pela qual a abrangência de tal estipulação deve prevalecer em relação à cláusula 12.3 da mesma avença, até mesmo em virtude do disposto no art. 47 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que, conforme é de curial sabença, é plenamente aplicável às demandas de natureza securitária.

Dito isso, basta a mera leitura de ambas as cláusulas acima transcritas para se constatar que as mesmas, de modo algum, albergam o entendimento esposado pela seguradora ora apelante, qual seja de que a cláusula 11.1 estabelece que é possível o pagamento com tolerância de até 90 (noventa) dias somente em caso de inadimplência de uma ou mais prestações vencidas em épocas diferentes.

Lado outro, não há que se falar na utilização, *in casu*, do art. 763 do Código Civil de 2002, pois resta evidente que tal dispositivo legal somente é aplicável em caso de omissão contratual a respeito, o que não é o caso dos autos, pois, sendo de adesão o contrato de seguro de f. 17/21, ou seja, elaborado unilateralmente pela seguradora ora apelante, não pode a mesma, sob tal fundamento, tentar nesta seara, abjurar a tolerância que espontaneamente estabeleceu e em relação ao qual amplamente anuiu.

Igualmente, não há que se falar em utilização de circular da Susep na questão em epígrafe, visto que dispositivos desse jaez são de valor jurígeno nenhum em face do que determina o CDC.

Cumpre salientar que, igualmente, não há como se albergar a afirmativa da seguradora apelante, qual seja de que pagamento em atraso pelo segurado - pagamento este realizado dentro do prazo de tolerância previsto no contrato - signifique o mesmo que inadimplência por parte deste último, mesmo porque não houve, da parte da seguradora apelante, qualquer providência no sentido de promover o distrato da avença em comento, razão pela qual agiu o nobre Magistrado singular *a quo* com inteiro acerto ao deferir o depósito judicial das parcelas contratuais em atraso, conforme acima mencionadas.

Anoto a respeito, *mutatis mutandis*:

> Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Indenização securitária. Prêmio. Débito automático em conta bancária.

Atraso. Ausência. Suspensão. Cancelamento do contrato. Necessidade de interpelação. Indenização devida. Inteligência do art. 763 do Código Civil. 1 - O pagamento da indenização securitária depende da quitação das parcelas relativas ao prêmio do seguro. 2 - Para o cancelamento do contrato de seguro em virtude de inadimplência, indispensável a interpelação prévia do segurado. 3 - Inexistindo inadimplência ante a falta de interpelação prévia, o pagamento da indenização é de rigor. 4 - Apelo improvido (TJMG, 16ª C. Cív., AC nº 1.0514.08.037257-6/001, Rel. Des. José Marcos Vieira, j. em 20.01.2010, p. em 26.02.2010).

Por fim, no que tange à questão dos honorários advocatícios da sucumbência, ou, mais precisamente, quanto ao pedido da seguradora apelante de redução dos mesmos, anoto que nada há a se reformar neste sentido, visto que o douto Magistrado singular *a quo* arbitrou tal verba em rigorosa consonância com o artigo de lei aplicável, qual seja o § 4º do art. 20 do CPC.

Dessarte, pelas razões acima expostas, mantendo a r. sentença monocrática de f. 77/79 por seus próprios e excelentes fundamentos, nego provimento ao apelo de f. 80/86.

Custas recursais, pela seguradora apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ESTÊVÃO LUCCHESI e EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Promessa de compra e venda - Fraude à execução - Simulação de negócio jurídico - Presunção de boa-fé de terceiro - Afastamento - Irregularidade na transação - Indícios - Alienação e transferência do bem - Ineficácia

Ementa: Embargos de terceiro. Titularidade do bem. Constrição judicial. Alienação. Adquirente. Potencialidade de conhecimento da pendência da execução. Elementos do negócio realizado. Peculiaridades e falhas.

- Sendo penhorado bem cujo proprietário não integrou a relação processual em decorrência da qual houve a penhora, deve, exceto se configura fraude, ocorrer sua liberação.

- Resta elidida a presunção da boa-fé de terceiros, no sentido de conhecimento da pendência de demanda contra o transmitente da coisa, quando o negócio de compra e venda de imóveis envolve elementos - falhas e peculiaridades - hábeis a evidenciar o intuito fraudulento do executado, antigo proprietário do bem.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0382.08.089672-5/001 - Comarca de Lavras - Apelados: L.C.F., P.C.F.C., B.M.F.R.F. e A.C.F.C. - Apelantes: G.S.G.G., F.S.G.G. - 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, à unanimidade, em REJEITAR A PRELIMINAR DEDUZIDA EM CONTRARRAZÕES E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.

Belo Horizonte, 1º de junho de 2011. - *Selma Marques* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SELMA MARQUES (Relatora) - Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de f. 360/375, integrada pela decisão dos embargos de declaração de f. 381, que julgou improcedentes os embargos de terceiros opostos por G.S.G.G. e seu irmão, F.S.G.G. incidentalmente ao cumprimento de sentença que B.M.F.R.F. e outros ajuizaram contra a Transportadora Garcez Ltda. e outros.

Inconformados, os embargantes apelaram às f. 382/391, aduzindo, em síntese, que a conclusão da prova pericial produzida nos autos no sentido de que a compra e venda do imóvel litigioso entre a transportadora e seu pai não foi adequadamente contabilizada não induz à inexistência do negócio celebrado entre as partes. Sustentam que é possível valer-se da via dos embargos de terceiro amparado em simples compromisso de compra e venda. Defendem a autenticidade do documento, com a finalidade de justificar o seu domínio sobre o imóvel litigioso, considerando a rasura contida no documento mero erro material, de somenos importância. Ao final, insurgem-se contra a sua condenação nas penas da litigância de má-fé e requerem a retenção das benfeitorias.

A resposta ao recurso foi oferecida às f. 398/412, onde há preliminar de não conhecimento do apelo porque intempestivo.

A i. Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do apelo.

Em sede de contrarrazões, arguiram os apelados a intempestividade do recurso, adotando a posição de que no período do recesso forense os prazos não se suspendem. Portanto, iniciado o prazo recursal antes do advento do recesso, prorroga-se o fim do prazo para o primeiro dia útil subsequente, qual seja 10.01.2011 e,

como a apelação foi protocolada em 12.01.2011, consideram-na intempestiva.

Já possuí entendimento no sentido de que o período compreendido entre os dias 20 de dezembro a 06 de janeiro não foi instituído como férias, mas sim como feriado do Poder Judiciário estadual, até mesmo por vedação constitucional, como retratada pelo inciso XII do art. 93 da Carta Magna, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/04, o qual dispõe que

> a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes de plantão permanente.

E por isso, tratado o recesso forense como feriado judicial, os prazos são computados nos termos do art. 184 do Código de Processo Civil, mais especificamente, de seu § 1°, que considera "prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado", não se aplicando a suspensão prevista no art. 179 do mesmo *codex*, que trata de férias.

Contudo, mais uma vez, em prestígio ao princípio da colegialidade, adoto a uniformização de jurisprudência deste Tribunal e dos demais Tribunais Superiores, no sentido de que o prazo fica suspenso durante o recesso, consoante se vê dos seguintes precedentes:

> Processual civil. Interposição de recurso de apelação. Suspensão do prazo recursal no período de férias forenses. - 'Na linha dos precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, as férias e o 'recesso' forense suspendem os prazos, ao contrário dos feriados, ainda que contínuos e/ou contíguos às férias, que apenas prorrogam, a teor dos arts. 179 e 184, § 1°, CPC'. (Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp n° 280.326-SP, *DJ* de 18.12.2000.) 2. Recurso especial provido (REsp 595.391/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 12.12.2006, *DJ* de 08.02.2007, p. 311).

> Agravo regimental. Prazo recursal. Férias forenses. Suspensão. CPC, art. 179. Inaplicabilidade. Feriado. CPC, art. 184, § 1°. - As férias e o 'recesso' forense suspendem os prazos, ao contrário dos feriados que apenas os prorrogam. - Suspenso o prazo recursal, a contagem recomeça no primeiro dia útil seguinte ao término das férias forenses. - Os feriados não alteram a contagem do prazo quando não coincidirem com o dia do início ou fim do prazo para recurso (AgRg no Ag 481.013/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 04.11.2004, *DJ* de 29.11.2004, p. 317).

Ao comentar o art. 179 do Código de Processo Civil, Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, Editora RT, 2008, p. 204, leciona que:

> Já se decidiu que os recessos forenses suspendem eventuais prazos em curso, aplicando-se, analogicamente o art. 179, CPC (STJ, 4ª Turma, REsp 87.830/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 14.05.1996, *DJ* de 24.06.1996, p. 22.772; STJ, 3ª Turma, AgRg no Ag 481.013/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 04.11.2004, *DJ* de 29.11.2004, p. 317). O que sobejar do prazo suspenso recomeçará a contar do primeiro dia útil seguinte ao termo das férias.

Por fim, ressalte-se que, seguindo esta mesma linha de raciocínio, este egrégio Tribunal de Justiça editou a Portaria-Conjunta n° 134/2008, estabelecendo em seu art. 3° que:

> Art. 3° Durante o período de plantão ficam suspensos os prazos processuais e a publicação de acórdãos, sentenças e decisões, bem como de intimação de partes ou advogados, na justiça de primeira e de segunda instâncias.

Assim, iniciado o prazo da apelação em 13.12.2010, haja vista a interposição dos embargos de declaração, suspende-se em 18.12.2010, sábado, e retoma-se a sua contagem em 10.01.2011 (segunda-feira), quando iniciado o expediente forense.

Logo, tempestiva a apelação protocolizada em 12.01.2011.

Presentes os requisitos legais, admito o recurso.

Os embargos de terceiro são o procedimento que tem por objeto a desconstituição dos efeitos das decisões judiciais em relação a bens pertencentes àquele que, em princípio, não deveria arcar com qualquer responsabilidade patrimonial.

Segundo Dinamarco,

> são o ato com que um sujeito, sem ser parte no processo em que se exerceu ou ameaçou o exercício de um ato de constrição sobre seus bens, postula a liberação destes pelo fato de ser dono ou possuidor; são também o processo que se forma a partir dessa iniciativa. O vocábulo terceiro, contido nessa locução, indica quem não é parte no processo em que se dá o ato impugnado, não tendo sido incluído como tal pelo demandante nem incluído nele pela citação; terceiro é a não parte. (DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. 2005, v. 4, p. 732.)

Com efeito, é importante frisar que os embargos de terceiro são meio idôneo para proteger não apenas o direito de propriedade, mas também a situação fática consubstanciada na posse sobre a coisa indevidamente submetida à constrição judicial.

Isso porque, como disposto no art. 1.046 do CPC, os

> embargos de terceiro constituem ação especial, com procedimento sumário, e que visam, conforme lição de Humberto Theodoro Júnior, proteger tanto a propriedade como a posse e podem fundamentar-se quer em direito real, quer em direito pessoal, dando lugar apenas a uma cognição sumária sobre a legitimidade ou não da apreensão judicial (*Processo de execução*, p. 412). É admissível a oposição dessa ação fundada em posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que

> desprovido do registro (Súmula 84 do STJ). (Cintra Pereira. *CPC interpretado*. Coord. Antônio Carlos Marcato. 3. ed. 2008, p. 2.786).

Nesse sentido vale anotar:

> O STJ, pela Súmula 84, permite a defesa da posse por embargos de terceiro. 2. A posse como situação fática, independe de registro. 3. Recurso não conhecido. (REsp 64827/SP, 2ª Turma, Rel. Min.ª Eliana Calmon.)

Isso quer dizer apenas que aquele que detém tal vínculo com a coisa contará com a proteção possessória via embargos de terceiro, repercutindo diretamente no plano da legitimação ativa *ad causam*.

Lado outro, no plano do direito material, o compromisso de compra e venda pode ser rechaçado, e diante disso, obstar a pretensão autoral. Neste aspecto, ressaltou o douto Sentenciante

> que o contrato de f. 192 reveste-se de especial fragilidade e não produz a prova pretendida pelos embargantes pois, além de tratar-se de instrumento particular, que traduz mera promessa de transferência, sem o condão de transferir propriedade, por não ser o instrumento hábil a tal mister, não é possível aferir do aludido documento a autenticidade da data de sua confecção [...]

Ou seja, a possibilidade de o terceiro resguardar sua esfera patrimonial, por meio dos embargos, porque munido do compromisso de compra e venda foi garantida no processo, mas isso não basta, ao revés, para assegurar-lhes a procedência.

Ultrapassada esta questão, infere-se dos autos que, G.S.G.G. e seu irmão, F.S.G.G. não figuraram como parte na demanda que B.M.F.R.F. e outros movem contra a T.G. Ltda. e outros. No entanto, segundo a cópia da matrícula do imóvel junto aos Serviços de Registro de Imóveis de Varginha figuram como titulares do domínio do bem cuja penhora foi levada a efeito em decorrência do cumprimento de sentença em trâmite entre exequentes e executados.

Nos autos do processo de execução aludida foi penhorado, em 06.03.2006, o imóvel registrado sob o número 20.540, frente ao Ofício dos Serviços de Registro de Imóveis de Varginha.

A primeira transferência do imóvel frente à matrícula está datada de 30.05.1996, consubstanciada na escritura pública de compra e venda, formalizada entre a T.G. Ltda. e o pai dos embargantes, R.C.G.G. Posteriormente, em 2002 efetivou-se a doação para os ora embargantes.

Não obstante serem anteriores à penhora as datas de transferência da coisa, estampadas na escritura pública, são posteriores ao processo de indenização que deu origem à sentença cujo cumprimento é buscada no processo nº 0382.98.000314-1.

Como bem leciona Araken de Assis,

> o ato fraudulento do obrigado deve se ajustar a um processo pendente (art. 219, *caput*, primeira parte, do CPC), independentemente de sua natureza (cognição, execução ou cautelar). É desnecessário, portanto, que se cuide de ação executória. Em tal sentido, decidiu a 4ª Turma do STJ: 'Pode incidir a regra contida no inciso II do art. 593 do CPC, ocorrendo fraude contra a execução, após a citação para o processo de conhecimento, não sendo indispensável que já se tenha instaurado a ação de execução' (REsp 233152). (*Manual da execução*. 11. ed. 2007, p. 247.)

Isso já seria o suficiente para configurar a fraude à execução, sobretudo porque no próprio processo de conhecimento, o juiz da causa constatou a existência do abuso da personalidade da pessoa jurídica quanto à diluição de seu patrimônio para outra pessoa jurídica e sócios, ocasião em que, por força da doutrina da "desconsideração da personalidade jurídica", estendeu os efeitos da sentença às pessoas físicas (ver f. 99/129).

No entanto, busca a parte apelante estabelecer como marco da alienação da coisa a data de 05 de abril de 1994, quando teria sido celebrado o contrato particular de promessa de compra e venda entre os pais dos embargantes e o executado, f. 25.

Todavia, sua tentativa é destituída de qualquer propósito, pois existem elementos que chamam a atenção no contrato celebrado, apresentando consequências no âmbito da configuração da fraude à execução.

Com efeito, não pode ser desprezada a perícia contábil produzida nos autos e limitá-la apenas ao âmbito fiscal, uma vez que o fato de os valores e prazos pertinentes ao negócio não guardar relação com os lançamentos fiscais promovidos pelas partes em sua declaração do imposto de renda e o de não haver nos autos qualquer recibo, comprovante de transferência ou cópia de cheque são indícios que comprovam a irregularidade da operação.

Isso nos leva à conclusão de que houve simulação no negócio jurídico celebrado e, ainda que se tenha dado sem o intuito malicioso do pai dos embargantes, ela traz toda a potencialidade necessária para afastar a boa-fé de terceiro adquirente, no que se refere ao *consilium fraudis*.

A simulação ocorre quando

> as partes entram em conluio para utilizar o negócio jurídico com a finalidade oculta e diferente da que este expressa, valendo-se de declarações não verdadeiras para prejudicar terceiros. A simulação é o instrumento de aparência de inverdade, de falsidade, de fingimento de disfarce. São requisitos da simulação: a) a divergência intencional entre a vontade real e a vontade exteriorizada; b) o acordo simulado entre as partes; c) o objetivo de prejudicar terceiros. (LOBO, Paulo. *Direito civil*. Parte Geral. 2009, p. 306.)

Sendo ineficaz a alienação frente ao seu pai, não pode a parte embargante tentar se valer de uma posição

que somente lhe seria conferida por uma transação regular - válida e eficaz.

Desse modo, toda a argumentação desenvolvida pela parte embargante e a credibilidade que lhe seria inerente foram seriamente abaladas pelos documentos carreados aos autos, motivo pelo qual não há falar na presunção da boa-fé de terceiros - Súmula 375 do STJ.

Por fim, insta destacar que a ausência de boa-fé acerca da regular transferência da coisa demonstrada nos autos não enseja a litigância de má-fé. Isso porque o que está patente nos autos é a potencialidade de conhecimento da pendência do processo de cognição contra o devedor, transmitente do bem, diante das falhas e irregularidades do negócio.

Todavia, não está evidenciado intuito processual essencialmente malicioso da parte embargante, cujas assertivas veiculadas, embora não de forma convincente, encontram referência nos elementos dos autos.

Ou seja, não obstante a potencialidade acerca do conhecimento do processo, diante até mesmo das irregularidades e agressão à função social do contrato e simulação, não está evidenciado o dolo processual da parte embargante no sentido de maliciosamente veicular alegações inverossímeis.

O simples fato de estar o bem penhorado na execução em nome da parte embargante, independentemente da lisura e regularidade da transferência, confere suporte aos presentes embargos de terceiros. O devido processo legal, ainda que fundado em elementos probatórios e jurídicos insuficientes ao intento almejado por aquele que exerceu seu direito de ação, é garantido a todos aqueles que, mesmo de forma regular e escorreita, são despojados de seus bens.

Note-se que as irregularidades evidenciadas nos presentes autos e ensejadoras do reconhecimento da fraude à execução são anteriores ao ajuizamento do processo, não podendo, via de regra, serem sancionadas com expediente destinado a assegurar o dever de lealdade e colaboração, frente às partes e ao próprio órgão jurisidicional, após a instauração da relação processual. Para tanto já se afigura sanção suficiente o reconhecimento da ineficácia na transferência do bem.

Quanto ao pedido de retenção ou indenização das benfeitorias realizadas no imóvel penhorado, por certo deverá ser objeto de expediente próprio, porque configura inovação recursal.

Isto posto, dou parcial provimento ao apelo apenas para excluir a condenação da parte embargante em 1% sobre o valor dado à causa e a indenização "dos prejuízos dos embargados relativos aos honorários de seu advogado" a título de litigância de má-fé.

Custas recursais, pela parte apelante.

É como voto.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT (Revisor) - De acordo com a Relatora.

DES. MARCELO RODRIGUES - Dado que reunidas as condições de sua admissibilidade, também conheço do recurso. Com isso, e aderindo à fundamentação contida no voto da Relatora, estou afastando a preliminar de não conhecimento, deduzida em contrarrazões de apelação.

No mérito, tenho algumas considerações a tecer.

Friso que o registro público é o único serviço estatal inteiramente comprometido com a consecução das garantias da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (CR, art. 236; LRP, art. 1º; Lei nº 8.935, de 1994, art. 1º).

O registro no sistema brasileiro cria presunção relativa de verdade. Não dá autenticidade ao negócio causal ou ao fato jurídico de que se origina.

É um dos objetivos dos registros públicos proporcionar segurança às relações jurídicas, a partir do aprimoramento de seus sistemas de controle, especialmente com a obrigatoriedade das remissões recíprocas, criando uma rede fina, atualizada e completa de dados e informações. É por meio da publicidade oponível a todos os terceiros que os registros públicos podem afirmar a boa-fé dos que praticam atos jurídicos, amparados na presunção de certeza irradiada a partir de tais registros. Publicidade é elemento essencial dos registros públicos, diante de certos atos ou fatos da vida civil jurídica. É obrigatória por exigência legal, conforme já anotado, nos registros e averbações relativos a imóveis (art. 167, I e II, c.c. art. 169, LRP).

Diferentemente, o ato tabular a ser praticado a que se refere o art. 615-A do Código de Processo Civil é o de averbação, que à falta de diferente enquadramento na lei especial, há de assim prevalecer.

A tradição do registro (em sentido amplo) da penhora, vem dos Decretos 4.827, de 1924 (art. 5º); 18.542, de 1928 (art. 266); 4.857, de 1939 (art. 279 e 280) e chega à atual Lei dos Registros Públicos, de 1973 (art. 239 e 240), todos mencionando-o como obrigatório para prova contra fraudes de transações posteriores.

A não observância da Lei dos Registros Públicos - que prevê a inscrição de todos os fatos constritivos que possam afetar a livre circulação de bens - fez ressurgir o estigma da clandestinidade dos negócios jurídicos imobiliários, praga que os legisladores do final do século XIX tentaram debelar e que agora, rediviva pela ignorância ativa dos operadores do processo, apresenta seus malefícios sociais e econômicos.

Todos os diplomas legais relativos ao Registro Imobiliário, ao longo de sua história, referiam-se à infraestrutura de publicidade que afinal o CPC acabou confirmando e consagrando. São leis aparentemente ignoradas pela doutrina processualista. À margem dessa tradicional infraestrutura legal vicejou uma gama impressionante de soluções inadequadas para fazer frente às possíveis fraudes executivas. A mais deletéria delas talvez

seja a presunção de má-fé na aquisição ou oneração de bens imóveis, fato que se desencadeava com a simples distribuição de uma ação qualquer.

O art. 593 do Código de Processo Civil não pode prescindir da publicidade imobiliária. A fraude patenteia-se pelos meios probatórios ou pelas presunções. Não se pode lançar mão de presunções quando a própria lei faculta mecanismos para afastar a utilização dessa opção derradeira para que se torne efetiva a jurisdição e se evite a situação intolerável de *non liquet*. As presunções calham quando esgotados os meios de produção de provas. A presunção não servirá de calço à desídia do exequente em diligenciar a notícia da ação executiva no registro predial competente, mormente em face das disposições legais que tornam obrigatória a inscrição (art. 169 da Lei de Registros Públicos). Toda a inscrição no registro público constitui um ônus, segundo a doutrina italiana. Não se pode invocar uma presunção quando a própria lei, na tutela de terceiros (vale dizer: de toda a sociedade), impõe a publicidade registral.

Dúvida não há de que o art. 593 Código de Processo Civil deve ser iluminado pelas regras de publicidade registral. Assim, a alienação ou oneração de bem imóvel quando "pendente ação fundada em direito real" encontra resistência numa outra presunção - a de que o bem está livre e desembaraçado de ônus quando o registro assim o declare. Veja-se que o próprio Estatuto Processual prevê, no art. 615-A, que se presume em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuadas após a inscrição".

Trata-se de modalidade do gênero inscrição preventiva, da qual desponta como espécie mais recente a referida no art. 615-A do Código de Processo Civil, dispositivo introduzido pela Lei 11.382, de 2006, e que se junta às demais hipóteses anteriormente previstas na Lei dos Registros Públicos e outros dispositivos legais, tais como, exemplificativamente, nas Liquidações Extrajudiciais, na Lei de Falências e no Decreto-lei 58, de 1937 (art. 2º das disposições transitórias), apenas para citar alguns. Seu objetivo é não apenas advertir, prevenir e acautelar terceiros de boa-fé, mas também deflagrar importantes efeitos, quais sejam o de gerar oponibilidade e inoponibilidade no bojo de um inteligente sistema de presunções legais, cuja finalidade, em última instância, é inverter o ônus da prova, porém o fazendo com o intuito maior de promover a boa-fé do terceiro adquirente. Protege, em boa hora, o comércio jurídico, tendo em conta a grave repercussão que determinados atos jurídicos e certas vicissitudes judiciais podem produzir no tráfico-jurídico imobiliário. Assim, tem eficácia para inquinar de má-fé o respectivo adquirente, servindo de prova pré-constituída da sua fraude.

É da tradição do Direito brasileiro recepcionar e inscrever no registro de imóveis determinados atos ou circunstâncias judiciais, tais como penhoras, arrestos, sequestros, citações de ações reais e pessoais reipercussórias.

Prestigia-se o denominado princípio da concentração na matrícula que enseja o acesso ao registro de todo e qualquer evento suscetível de afetar o direito de propriedade imobiliária. Elimina-se o risco na aquisição que se opera confiando-se nos direitos inscritos, que deságua em ágio do preço. Assim, quando adotado em sua integralidade, abarcando inclusive ações administrativas de órgãos públicos, resultará em segurança jurídica completa para o tráfico jurídico-imobiliário, implicando a diminuição de custos, drástica redução na exigência de certidões e eliminação da prática de contratos de gaveta, cuja existência teimosamente é reconhecida em alguns casos até mesmo quando há hipoteca anterior.

Sublinhe-se que a doutrina brasileira especializada há muito sustenta a imperiosa necessidade do acesso dos títulos judiciais ao Registro, e, desde Clóvis, Philadelpho Azevedo, Serpa Lopes, dentre outros grandes juristas pátrios, formulam-se ações que visem obviar o ponto de fragilidade essencial do sistema, que vem a ser o chamado "clandestinismo jurídico". Busca-se combater os ônus ocultos, eliminar os gravames opacos, atacar as constrições que transcendem os limites subjetivos da lide visto que repercutem perante terceiros, tomando de assalto o adquirente de boa-fé.

Com efeito, o registro da penhora se constitui em providência salutar, pois resguarda o terceiro adquirente. Sua não ocorrência resulta em seu favor as presunções legais de boa-fé e da fé pública que emanam do registro, transferindo a lei o ônus de destruir tais presunções ao credor negligente, especialmente quando referir-se à fraude à execução.

Compreende-se que a evolução dos registros de imóveis implica a dispensa de mecanismos burocráticos, inseguros e custosos - tais como o instituto da fraude à execução - para aclarar a situação jurídica da propriedade e do alienante, ou mesmo para garantia de direitos provenientes de ações de conhecimento, execução, cautelares e outras de natureza administrativa, em proveito da segurança do comércio.

As transações imobiliárias ficam mais seguras, resguardando o terceiro adquirente de boa-fé da perda do imóvel por desconhecer ações de execução de dívida contra o vendedor, passíveis de resultar em penhora do bem. Valorizou-se, assim, a chamada segurança jurídica preventiva.

Noutro giro, consumada a inscrição, forra-se o credor da presunção inerente ao registro público, oponível a terceiros no tocante à premonição do risco de fazer negócio com o imóvel, dada a ameaça à titularidade constante do registro. É a nota não só de publicidade, mas de eficácia contra terceiros, objetivos precípuos da legislação concernente aos registros públicos (art. 1º LRP). Como toda presunção, e esta não

é diferente, representa uma ilação criada pela lei para, a partir de um fato conhecido, firmar outro desconhecido, quem a tem a seu favor fica escusado de provar o fato a que ela conduz. E, tratando-se, como se trata aqui de presunção relativa, se inverte o ônus processual da prova em desfavor daquele que pretende infirmar a exatidão do registro.

O outro lado da mesma moeda, implicando a inação do credor, gera a inoponibilidade de sua pretensão, dado que a presunção de boa-fé será deslocada em prol do terceiro, forrando sua aquisição, suportando assim o exequente o ônus de sua negligência traduzido no dever de provar a má-fé do terceiro adquirente do imóvel.

De outro norte, anote-se que nas hipóteses de fraude de execução praticadas no curso de processo de conhecimento ou mesmo de execução (inciso I do art. 593 do CPC: alienação ou oneração na pendência de ação fundada em direito real), a Lei de Registros Públicos mais do que admite (art. 167, I, n. 21), como torna obrigatório (art. 169, *caput*) o registro da citação de ações reais. Omitindo-se o credor na providência posta ao seu alcance pelo sistema terceiros, oponível lhe é a boa-fé do terceiro adquirente.

Pontue-se ainda que com o novo preceito do art. 615-A do Código de Processo Civil (redação da Lei 11.382, de 06.12.06, em vigor 45 dias após a data de sua publicação, de acordo com o Dec.-lei 4.657, de 1942 -LICC) esvazia-se a indagação formulada ao influxo de determinar o momento processual configurador da fraude à execução, se da data do ajuizamento da ação, se da distribuição ou da citação. O que vinga, agora, é a data da averbação da execução, pois o preceito é absolutamente enfático nesse aspecto. Restou agora o instituto da fraude à execução, qualificado pelo concurso da publicidade registral, único canal legal que autoriza o efeito da oponibilidade dos atos judiciais perante terceiros, o que, a meu ver, melhor se concilia com a legislação especial concernente aos Registros Públicos.

Por fim, é necessário salientar que, a partir da vigência da Lei 11.382, de 2006, é correto afirmar que, na ausência do registro da penhora ou mesmo da averbação premonitória, o credor negligente não fica tolhido de comprovar a alegada fraude à execução, todavia, deverá suportar o ônus de tal prova e sofrer os efeitos da inoponibilidade em face de eventuais terceiros de boa-fé.

Reflexo de uma cultura jurídica discutível, para dizer o menos, que não cabe aqui analisar, valoriza-se em nosso País mais o processo do que as relações negociais típicas ou mesmo a legislação concernente aos registros públicos, que também é de ordem instrumental, além de pública e cogente.

Veja-se que foi necessário o Código de Processo Civil sofrer a intervenção da Lei 8.953, de 1994, para alguns destacarem que o registro da penhora passara a ser obrigatório e que sua falta importaria em fraude à execução. De qualquer forma, por construções doutrinária e jurisprudencial, antes mesmo da vigência da Lei 11.232, de 2005, que eliminou a dicotomia entre os processos de conhecimento e de execução, fundando o que se convencionou chamar de processo sincrético, já se admitia a possibilidade de se configurar a fraude à execução a partir da citação nos processos de conhecimento e cautelar (NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *CPC comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 850. STJ: REsp 233.152/MG, REsp 234.473/SP, REsp 113.871/DF, etc.)

Com o novo preceito do art. 615-A do Código de Processo Civil, todavia, esvazia-se a indagação formulada ao influxo de determinar o momento processual configurador da fraude à execução, se a data do ajuizamento da ação, se da distribuição ou da citação. O que vinga, agora, é a data da averbação da execução, pois o preceito é absolutamente enfático neste aspecto.

Restou agora o instituto da fraude à execução, qualificado pelo concurso da publicidade registral, único canal legal que autoriza o efeito da oponibilidade dos atos judiciais perante terceiros o que, a meu ver, melhor se concilia com a legislação especial concernente aos Registros Públicos.

No caso dos autos, o exame da certidão da matrícula 20.540, do Serviço de Registro de Imóveis de Varginha/MG (f. 26 e 26-v.), revela que, por ocasião do lançamento do R-02, em data de 31.5.96, que recepcionou a pública forma de compra e venda ali descrita, já estavam reunidas as condições objetivas à caracterização do ato fraudulento. Situação essa que se desdobrou em nova alienação, através de doação, retratada no R-04, e constituição de usufruto inserida no R-05.

Tais atos são ineficazes em relação aos credores, aqui apelados, de sorte que posteriores ao processo de indenização que deu origem à sentença cujo cumprimento é buscada no processo nº 0382.98.000314-1. E, verdade se diga, para tanto, pouco importa a data da confecção dos respectivos instrumentos jurídicos, à luz do que dispõe o art. 1.245 e seu § 1º do Código Civil de 2002, norma essa peremptória e correspondente aos arts. 530 e 531 da Lei Civil de 1916.

Nesse descortino, devem ser cancelados por meio de expedição do necessário mandado de averbação os referidos R-02, R-04 e R-05, todos da matrícula 20.540, do Serviço de Registro de Imóveis de Varginha/MG.

Com tais acréscimos, acompanho a Relatora e dou parcial provimento ao recurso, nos termos de seu judicioso voto.

Súmula - REJEITAR A PRELIMINAR DEDUZIDA EM CONTRARRAZÕES E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.

...

Indenização - Danos morais - Sentença criminal condenatória - Empregado condenado por ilícito penal - Efeitos - Fato e autoria incontroversos na ação civil - Possibilidade - Ausência de elemento que desconstitua a presunção da culpa do empregador - Ilícito civil configurado - Menor - Alegação de mendicância - Abordagem constrangedora em supermercado - Dano moral configurado - Fixação - Critérios da razoabilidade e proporcionalidade - Redução - Inépcia da inicial - Inocorrência - Ausência de previsão na indicação dos fatos - Deficiência técnica de redação - Ausência de gravidade - Possibilidade da defesa do réu

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Sentença criminal condenatória. Empregado condenado por ilícito penal. Efeitos. Fato e autoria incontroversos na ação civil. Possibilidade. Ausência de elemento que derrui a presunção de culpa do empregador. Ato ilícito configurado. Abordagem constrangedora de menor em supermercado por prática de mendicância. Dano moral configurado. Fixação. Redução do *quantum*.

- A responsabilidade civil da empregadora decorre da solidariedade imposta pelo ordenamento legal em vigor, e não da sentença penal que condenou o empregado. Dita sentença apenas impossibilita a discussão, na ação civil que visa à reparação pelo empregador, dos fatos e da autoria já decididos naquele *decisum* transitado que condenou o empregado.

- A abordagem constrangedora a menor, em supermercado, com acusação de atos de mendicância, configura o dano moral e impõe o seu ressarcimento.

- Deve ser reduzido o dano moral se sua fixação não observa a intensidade do dano e sua repercussão no meio social, a finalidade pedagógica, bem como a capacidade econômica do ofensor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0245.06.091208-7/001 - Comarca de Santa Luzia - Apelante: G.C.A. Ltda. Apelado: S.S.A. - Relator: DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.

Belo Horizonte, 11 de maio de 2011. - *José Marcos Rodrigues Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Trata-se de apelação cível interposta por G.C.A. Ltda., da sentença de f. 109/110-TJ, que, nos autos da ação de reparação por danos morais, ajuizada por S.S.A., representado por sua mãe, R.P.S.S., julgou procedente o pedido e condenou a ré ao pagamento de indenização a título de dano moral, fixado em R$20.000,00 (vinte mil reais), acrescidos de correção monetária, desde a data da publicação da sentença e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês.

Inconformada, a ré interpõe o presente recurso (f. 112/121-TJ), em que suscita preliminar de inépcia da inicial. No mérito, aduz, em síntese, a inaplicabilidade do art. 935 do Código Civil, quando a autoria do dano moral é de terceiro, e não do autor da ação civil. Afirma que a influência do julgado criminal sobre eventual responsabilidade civil é certa em relação às partes envolvidas.

A apelante alega, ainda, ausência de dano moral, pois o segurança do supermercado apenas advertiu o apelado de que não era admitido mendigar naquele local. Por fim, postula a redução do dano moral.

Contrarrazões às f. 127/130-TJ, em que pugna o apelado pela manutenção da sentença.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 139/143), da lavra do ilustre Procurador Olavo Freire, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Passo a decidir.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminar.

O apelante suscita preliminar de inépcia da inicial, por ausência de indicação precisa dos fatos, tais como dia, local, ano. Assevera que ditos dados são imprescindíveis para a peça vestibular, sob risco de prejuízo à defesa.

A peça vestibular preenche os requisitos do art. 282 e do art. 283, ambos do CPC, constando da narrativa dos fatos e fundamentos conclusão lógica, que permite plenamente a defesa do recorrente.

Aliás, na lição de Adroaldo Furtado Fabrício "a deficiência técnica de redação, que não dificulte a identificação da pretensão e a defesa, não basta à configuração da inépcia" (PAULA, Alexandre de. *O processo à luz da jurisprudência*. Forense, Nova Série, XI/411), entendimento também já sedimentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

> A petição inicial só deve ser indeferida, por inépcia, quando o vício apresenta tal gravidade que impossibilite a defesa do

> réu, ou a própria prestação jurisdicional (STJ - 3ªTurma, REsp 193.100-RS, Relator Ari Pargendler, j. em 15.10.01).

Com efeito, a ausência de indicação da data e do momento do *eventus damni, in casu*, não acarretou qualquer prejuízo para a defesa da ré, que, aliás, até em fase recursal, impugna com precisão os fatos narrados na peça vestibular.

Assim, rejeito a preliminar.

Mérito.

Cinge-se a controvérsia dos autos à pretensão de indenização por danos morais causados ao recorrido, em decorrência de abordagem realizada por segurança do supermercado, ora apelante, por acusação de atos de mendicância.

O MM. Juiz julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que "houve a condenação penal do funcionário da empresa requerida, Sr. L.C.", "portanto a empresa requerida deve responder pelos danos causados pelo seu funcionário, não podendo haver mais questionamentos neste juízo, nos exatos termos do art. 935 do Código Civil" (f. 110-TJ).

É certo que o art. 935 do Código Civil dispõe a independência da responsabilidade civil e da criminal, todavia ressalta que a existência dos fatos e da autoria é incontroversa "quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal", com trânsito em julgado.

Nesse sentido é o entendimento doutrinário:

> A decisão criminal condenatória tem efeito absoluto sobre outra qualquer jurisdição. Ocorre, aí, a coincidência de pressupostos ou de condições de julgamento. A instância criminal, mais exigente do que nenhuma outra, excede, naturalmente, todas as preocupações das demais jurisdições. A existência de uma condenação penal estabelece que, quando não estejam superadas, pelo menos estão preenchidas as condições sobre que as demais jurisdições formulam suas condenações. Assim, nenhuma discussão é possível, a respeito da responsabilidade civil, se a demanda de reparação vem instruída com a condenação do responsável no juízo criminal. Como, hoje, em quase uniforme jurisprudência, os tribunais, para a procedência da ação de reparação contra o patrão, se contentam com a prova da culpa do preposto, a condenação deste no crime tem efeito preclusivo no cível, de forma que impede a defesa acaso fundada em não preenchimento das condições para a procedência do pedido de reparação, pois há coincidência dessas condições (DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade civil*. 7. ed. Forense, p. 933).

E conclui o lúcido doutrinador:

> Em termos sintéticos: o ato reconhecido no crime como portador de certos característicos fica, *ipso facto*, reconhecido como portador de certas dessas características no juízo cível, sem que se admita discussão a respeito (ob. cit., p. 921).

Dessarte, sendo condenado o empregado no Juízo Criminal, por atos praticados no exercício de suas atividades, a sentença é título executivo apenas contra o infrator.

Por outro lado, se a vítima almeja a reparação do empregador, por maior garantia de solvência, em ação de conhecimento própria, como no caso em exame, em que se observará o contraditório e a ampla defesa da empresa empregadora, responsável solidária, por força do disposto no art. 932, III, do CC, a sentença penal condenatória garantirá que se tenham por indiscutíveis os fatos e a autoria, já decididos no procedimento criminal.

Cabe registrar, *in casu*, que a responsabilidade da recorrente decorre do disposto no art. 932, III, do Código Civil, *in verbis*, e não da sentença penal que condenou o empregado:

> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
> [...]
> III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

No caso em exame, a condenação do empregado em processo criminal impossibilita apenas a discussão acerca dos fatos e da autoria, é elemento probatório capaz de configurar a responsabilidade objetiva do empregador, que é presumida, como se infere da Súmula 341 do STF: "Súmula nº 341 - É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto".

Com efeito, a sentença recorrida se mostra incensurável, ao reconhecer a responsabilidade da apelante, por atos praticados pelo empregado, causador do dano ao recorrido, ante a presença de elemento, qual seja a sentença penal condenatória (f.53/57-TJ), que configura a presunção da culpa do empregador-recorrente na causação do *eventus damni*.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, em caso similar, já reconheceu a responsabilidade civil do empregador, quando não derruída a presunção de culpa gerada pelo ato criminoso praticado pelo empregado, que culminou em condenação em processo criminal:

> Civil. Processual civil. Recurso especial. Ação de indenização. Danos morais. Acidente de trânsito. Morte das vítimas. Culpa do empregado configurada na esfera penal. Presunção da responsabilidade do empregador. Ausência de provas desconstitutivas da presunção. Culpa e nexos causais configurados. Art. 1.521 do Código Civil/1916 . Súmula 341/STF.
> 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de reconhecer que o empregador responde objetivamente pelos atos ilícitos praticados pelos seus prepostos.
> O Tribunal *a quo*, ao concluir pela responsabilidade civil da empresa-recorrente, fundamentou-se nos elementos fático-probatórios analisados nas instâncias ordinárias, considerando que, ante a condenação criminal, transitada em julgado, imputada ao preposto da recorrente, tem-se como presumida a culpa do empregador na esfera cível, a teor do

> art. 1.521 do Código Civil/1916 e da Súmula nº 341 do STF. ('É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto'). (Precedentes: REsp nº 284.586/RJ, Rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, *DJ* de 28.04.2003; REsp nº 96.704/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* de 20.05.2002; REsp nº 206.039/RJ, Rel. Min. João Otávio Noronha, *DJ* de 15.08.2005).
> 2. As instâncias ordinárias, com lastro nos aspectos específicos do caso, concluíram que a recorrente não trouxe aos autos quaisquer provas que pudessem desconfigurar a presunção criada com o trânsito em julgado do processo criminal, não demonstrando, assim, a sua não culpa.
> 3. Recurso não conhecido (STJ - REsp 528569/RN, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 20.09.2005, *DJ* de 17.10.2005, p. 298).

Ora, esta é a hipótese dos autos. Compulsando o processo não se verificam elementos capazes de ilidir a presunção do empregador pelo *eventus damni*.

Diante disso, tenho como demonstrado o dano moral causado ao apelante, menor, retirado abruptamente de dentro do supermercado, acusado de atos de mendicância, prejuízo que extrapola o plano material, que nem sempre é diretamente afetado, como leciona Silvio Rodrigues:

> Diz-se que o dano é moral quando o prejuízo experimentado pela vítima não repercute na órbita de seu patrimônio. É a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem, mas que não envolve prejuízo material. (*Direito civil*. Responsabilidade civil. 20. ed. Editora Saraiva, 2007, v. 4, p. 33.)

Nesse sentido, já reconhece este Tribunal a ocorrência do prejuízo extrapatrimonial, quando há abordagem constrangedora de cliente em supermercado, notadamente quando se trata de menor, desacompanhado do responsável legal:

> Dano moral. Menor abordado e revistado no interior de supermercado. Ausência de autoridade competente ou do responsável pelo menor. Prática de ilícito ou culpa exclusiva do menor não comprovada. Atentado contra o disposto no art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Responsabilidade objetiva. Dano moral reconhecido.
> - Segundo o disposto no art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.
> - A abordagem e revista de menor no interior do supermercado, sem motivo aparente, sem a presença do responsável legal pelo menor e sem a presença de autoridade competente, importa em violabilidade da integridade psíquica e violabilidade da preservação da imagem do menor, a gerar a ocorrência de dano moral.
> - O fornecedor de serviços responde objetivamente pelos danos causados, salvo se comprovar, de forma robusta, a inocorrência do dano ou a culpa exclusiva do consumidor (AC 1.0480.06.084066-1/001 - Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata - Julg. em 13.01.2011, *DJe* de 21.02.2011).
>
> Processual civil e civil - Apelação - Ação de indenização - Preliminar de não conhecimento do recurso em relação a uma das apelantes - Rejeição - Acusação de furto não provada - Abordagem abusiva pelos seguranças do estabelecimento - Conduta ilícita - Configuração - Dano moral - Configuração - Dever de indenizar - Litigância de má-fé - Inocorrência - Procedência do pedido - Sentença reformada - Recurso provido.
> - A menor de 16 (dezesseis) anos, sendo relativamente incapaz, a teor do art. 3º, I, do CC, não pode exercer pessoalmente os atos da vida civil, devendo ser assistida, no processo judicial, sob pena de nulidade do ato praticado.
> - A abordagem de clientes frente à acusação não provada de furto, seguida de abordagem abusiva, configura conduta ilícita, passível de ensejar danos morais.
> - O abuso de direito na abordagem de menor injustamente acusado de furto por seguranças do supermercado configura dano moral indenizável.
> [...]
> Recurso conhecido e provido (AC 1.0702.08.455743-9/001 - Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino - Julg. em 28.01.2010, *DJe* de 19.02.2010).

Em relação ao montante da indenização, sabe-se que deve ser estipulado pelo magistrado de forma equitativa, de modo que não seja alto a ponto de implicar enriquecimento sem causa da vítima, nem baixo, sob pena de não produzir no causador do dano a sensação de punição que o leve a deixar de praticar o ato. Para tanto, devem-se considerar as condições econômicas dos envolvidos, a culpa do ofensor e a extensão do dano causado ao ofendido.

A lei não indica os elementos que possam servir de parâmetro para se estabelecer o valor da indenização, apenas dispõe que deve ser pautada na extensão do dano (art. 944 do CC), sendo do prudente arbítrio do julgador tal ponderação.

Já a doutrina vem tentando estabelecer critérios que deverão ser observados pelo julgador no momento de fixar a indenização. Rizzatto Nunes apresenta alguns desses critérios quando se trata de dano moral ao consumidor, uma vez que ali estão enumerados os aspectos relevantes para se avaliar a extensão do dano ao qual se refere a lei:

> [...] inspirado em parte da doutrina e em parte da jurisprudência, mas principalmente levando-se em conta os princípios constitucionais que garantem a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, do respeito à vida e da garantia à incolumidade física e psíquica, com o asseguramento de uma sadia qualidade de vida e do principio da isonomia, e, ainda, a garantia da intimidade, vida privada, imagem e honra, é possível fixarem-se alguns parâmetros para a determinação da indenização por danos morais, quais sejam:
> a) a natureza específica da ofensa sofrida;
> b) a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do consumidor ofendido;
> c) a repercussão da ofensa no meio social em que vive o consumidor ofendido;
> d) a existência de dolo - má-fé - por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de sua culpa;

e) a situação econômica do ofensor;
f) a capacidade e a possibilidade real e efetiva do ofensor voltar a praticar e/ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso;
g) a prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta;
h) as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido;
i) necessidade de punição (*Curso de direito do consumidor*. Editora Saraiva, 2006, p. 310).

Valho-me, ainda, dos ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho:

> Uma das objeções que se fazia à reparabilidade do dano moral era a dificuldade para se apurar o valor desse dano, ou seja, para quantificá-lo. [...] Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.
> [...]
> Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes (*Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. Ed. Atlas, 2009, p. 91/93).

Diante dos parâmetros traçados pela doutrina, entendo que o valor do dano moral fixado em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), mostra-se elevado, razão pela qual sua redução se impõe.

Assim, em observância aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerada a intensidade do dano, sua repercussão no meio social e a finalidade pedagógica, bem como a capacidade econômica do ofensor, determino a redução do *quantum* para R$10.000,00 (dez mil reais).

Com tais considerações, rejeito a preliminar e dou parcial provimento ao apelo, tão somente, para reformar a sentença, em parte, para fixar o valor do dano moral em R$10.000,00 (dez mil reais). Mantidos os ônus sucumbenciais.

Custas recursais, na proporção de 50% para cada parte, suspensa a exigibilidade em relação ao autor, por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

DES. FRANCISCO BATISTA DE ABREU - De acordo com o Relator.

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO APELO.

...

Embargos à execução fiscal - Empresa - Matéria-prima - Alumínio - Consumidora final de energia elétrica - Transferência do direito de uso de excedente de redução de meta - ICMS - Fato gerador - Não configuração - Bem incorpóreo - Caráter esporádico da transação - Operação imune - Não incidência do imposto

Ementa: Tributário. Embargos à execução fiscal. ICMS. Transferência de excedente de redução de meta de consumo. Falta de recolhimento. Falta de estorno dos créditos em operações interestaduais "contempladas por imunidade". Não configuração da hipótese de incidência do imposto estadual. Não caracterização do autuado como contribuinte da exação. Falta de caracterização da energia elétrica como mercadoria na hipótese. Não incidência de ICMS sobre cessão de direito de uso de potência de energia elétrica. Honorários advocatícios. Redução. Art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

- Não incide ICMS sobre operações de transferência de excedente de redução de meta de consumo de energia elétrica, seja porque o autuado não se reveste da condição de contribuinte da exação, seja porquanto a energia elétrica não se enquadra no conceito de mercadoria, na hipótese, e, sobretudo, porque as operações são de cessão de direito de uso de potência de energia elétrica, não se subsumindo ao fato gerador do imposto.

- Honorários reduzidos, a teor dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC.

Preliminar rejeitada e sentença reformada parcialmente em reexame necessário, prejudicado o 2º recurso voluntário. Negar provimento ao 1º recurso voluntário.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0518.06.098267-6/001 - Comarca de Poços de Caldas - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Poços de Caldas - Apelantes: Alcoa Alumínio S.A., Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Apelados: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, Alcoa Alumínio S.A. - Relator: DES. EDGARD PENNA AMORIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Bitencourt Marcondes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E, NO REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O SEGUNDO RECURSO VOLUNTÁRIO. NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2011. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de reexame necessário e recursos de apelação interpostos por Alcoa Alumínio S.A. e pelo Estado de Minas Gerais, respectivamente, nos autos de embargos à execução fiscal que este move em face daquela contra sentença da lavra do il. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Poços de Caldas, que julgou procedentes os embargos para desconstituir os débitos inscritos nas certidões de dívida ativa de números 01.000146589-66 e 01.000148911.05 da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, julgando insubsistente a penhora. Condenou o embargado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 1% (um por cento) sobre o valor atribuído à causa de ambos os embargos, atualizado monetariamente, a contar do ajuizamento, pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Foram opostos embargos de declaração pelo Estado de Minas Gerais às f. 482/483, rejeitados à f. 488.

A embargante apresenta recurso de apelação às f. 463/472, requerendo a reforma da sentença no que toca à condenação em honorários, que pede sejam majorados nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, para atender às peculiaridades do caso, seja a complexidade da matéria, seja o zelo com que os patronos conduziram a causa, não podendo ser fixados em valor irrisório. Pede seja a sentença reformada parcialmente, fixando-se os honorários em 10% e 20% do valor dos embargos.

Contrarrazões de apelação apresentadas pelo Estado de Minas Gerais às f. 484/487, rechaçando as alegações da 1ª apelante.

O Estado de Minas Gerais apresenta recurso de apelação às f. 491/506 requerendo a reforma da sentença. Para tanto alega, em preliminar, que: a) a autuação fiscal se funda na falta de recolhimento de ICMS em operações de venda de energia elétrica, em operações internas, no período de junho a dezembro de 2001, e sem emissão do respectivo documento fiscal, tendo a comercialização se dado em contrariedade com as normas expedidas pela Aneel; b) a sentença merece ser cassada por nulidade, por falta de apreciação de matéria trazida à apreciação do juízo, na medida em que, ainda que advertido por meio de embargos de declaração, considerou erroneamente que o objeto da presente ação seria a incidência de ICMS sobre demanda contratada de energia elétrica, o que está equivocado, tendo sido a sentença omissa quanto ao real objeto da demanda, não tendo decidido o que está discutido nos autos; c) a transferência de energia elétrica pela embargante nada tem a ver com o consumo que, por sua vez, nada tem a ver com a incidência de ICMS nas operações de venda que a apelada promoveu; d) a execução fiscal consiste na falta de pagamento de ICMS em operações de comercialização de energia elétrica, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, ausência de documentação fiscal relativa às operações de comercialização de energia elétrica que realizou, sob forma de transferência, tendo a apelada alegado que as autoridades fiscais se equivocaram ao entender que comercializou energia elétrica, pois as supostas transações realizadas configurariam mera cessão de direito de uso, além de não se incluir em seu objeto social a venda de energia elétrica; já o Juiz decidiu que a devedora não consumiu efetivamente a energia contratada na sua linha de produção, logo não incide ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, uma vez que o fato gerador do tributo somente se considera ocorrido com o seu efetivo consumo; e) as decisões do colendo Superior Tribunal de Justiça colacionadas à sentença não se aplicam ao caso concreto, pois se trata aqui de venda de excedente de energia elétrica oriundo da redução de consumo à época da crise energética brasileira, e não da cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica. No mérito, aduz que: a) a apelada vendeu energia elétrica sem recolher o respectivo imposto, não emitiu nota fiscal de transferência de energia elétrica do excedente de redução de meta de consumo e não promoveu o estorno de crédito de ICMS quando da aquisição da energia elétrica, contrariando as normas da legislação tributária; b) a transferência do excedente de redução de meta de consumo caracteriza venda de energia elétrica constituindo fato gerador do ICMS; c) ainda que a apelada não tenha observado os pressupostos exigidos pela Aneel para ser caracterizada como comercializadora de energia elétrica, isso não suprime sua responsabilidade em recolher o ICMS devido em razão desta excepcional "transação bilateral", que é uma venda; d) não há qualquer incoerência na atitude da fiscalização quanto ao momento de ocorrência do fato gerador bem como à própria incidência do tributo; e) não há substituição tributária no caso *sub examen*; f) há necessidade de emissão de nota fiscal, tendo sido aplicadas penalidades

ante a inobservância de obrigação acessória; g) os honorários advocatícios devem ser minorados, pela aplicação do art. 20, § 4º, do CPC, diante das circunstâncias do caso, que não teria demandado excessivo trabalho por parte dos causídicos da apelada, sem pretender diminuir sua atuação. Pede seja a sentença cassada, decretando-se a sua nulidade ou, no mérito, reformando-se a sentença para julgar os embargos improcedentes ou, ao menos, sejam os honorários reduzidos.

Contrarrazões de apelação apresentadas pela embargante às f. 509/547, rechaçando as alegações do 2º apelante e requerendo a manutenção dos termos da sentença.

Os autos foram conclusos à em. Revisora, que pediu dia (f. 559).

Não obstante, voltaram-me conclusos em razão de memorial protocolizado pelo Estado de Minas Gerais às f. 563/564, em que argúi nulidade da sentença por vício de julgamento *extra petita*.

Conheço da remessa oficial e dos recursos voluntários, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Preliminar - nulidade da sentença.

O Estado de Minas Gerais argúi preliminar de nulidade da sentença por vício de julgamento *extra petita*, na medida em que teria decidido matéria estranha à discutida na lide.

De fato, a meu aviso, os fundamentos adotados pelo il. Magistrado *a quo* para solucionar a lide não me parecem os mais adequados para o seu devido deslinde. Não obstante, não me parece que ele tenha incorrido em vício de julgamento *extra petita*, na medida em que compreendeu a controvérsia, adotando o entendimento de que "se a embargante transferiu os excedentes de energia elétrica, é porque ela não consumiu efetivamente a energia contratada na sua linha de produção" (f. 455).

Dessa forma, ainda que o caminho adotado pelo il. Magistrado *a quo* não nos pareça o mais acertado para o deslinde da controvérsia, não há falar em vício de julgamento *extra petita*, podendo eventual *error in judicando* ser corrigido nesta instância, sem necessidade de cassação da sentença.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

No mérito, importa examinar se a sentença que julgou os embargos à execução fiscal procedentes merece ser mantida.

No caso, importa verificar, primeiramente, os fundamentos das autuações:

> Crédito tributário contencioso por constatar no período de junho a dezembro de 2001, durante o período de racionamento, a utilização indevida em operações de comercialização de energia elétrica, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, ocorrem sem documentação fiscal e sem o pagamento do imposto, contrariando as normas vigentes na legislação tributária (CDA - f. 04 dos autos de da execução fiscal nº 0518.06.092089-0).

> Crédito tributário contencioso por constatar no período de junho a dezembro de 2001, durante o período de racionamento, a utilização indevida em operações interestaduais de comercialização de energia elétrica, sob a forma de transferência de excedente de redução de metas, ocorreram sem documentação fiscal e sem o estorno do imposto apropriado quando da sua aquisição, contrariando as normas vigentes na legislação tributária (CDA - f. 03 dos autos da execução fiscal nº 0518.06.092785-3).

Dessa forma, tem-se que o Estado de Minas Gerais, ora apelante, autuou a ora apelada, seja: a) pela falta de recolhimento de ICMS em operações internas de comercialização de energia elétrica sob a forma de transferência de excedente de redução de metas; seja pela: b) falta de estorno de créditos de ICMS em virtude da prática de operações interestaduais de comercialização de energia elétrica sob a forma de excedente de redução de metas (operações amparadas por imunidade).

A apelada, em seu favor, alega que as operações praticadas seriam cessões de direito de uso de energia elétrica, não estando sujeitas à incidência pelo ICMS, não tendo qualquer relação com as aquisições de energia elétrica feitas pela embargante para utilização em seu processo industrial.

De fato, de acordo com o Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica (PERCEE), as empresas foram obrigadas a adotar metas para reduzir o seu consumo de energia elétrica, em virtude da crise no setor de energia. As normas do PERCEE, contudo, autorizavam as empresas, caso sequer atingissem a meta de consumo, a passar para o mês seguinte o direito de ultrapassar a meta no montante economizado no mês anterior, ou a transferir a outro consumidor o direito de ultrapassar a meta nesse montante, tendo a ora apelada se valido desta última alternativa. Em outras palavras, o direito de ultrapassar a meta foi corporificado em um "certificado de uso de redução de excedente de meta", sendo que a ora apelada firmou contratos "cedendo estes direitos de uso" a consumidores localizados em Minas Gerais e outros Estados da Federação.

Posto isto, e em um primeiro momento, importa esclarecer que os contratos celebrados pela ora apelada envolviam a negociação de potência (calculada em KWh), e não de quantidades de energia elétrica, já que a energia elétrica não pode ser estocada.

Dessa sorte, impende verificar qual o fato gerador do ICMS para, em seguida, analisar se as operações praticadas pela ora apelada se submetem à exação estadual ora questionada.

Tem-se que o ICMS é imposto que incide sobre operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. A regra matriz de incidência do imposto está no art. 155, inciso II, da Constituição da República de 1988. Veja-se sua redação:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
> [...]
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...]
> § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
> [...]
> X - não incidirá:
> [...]
> b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;
> [...]
> § 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação. [...].

Posto isto, vale ressaltar que é assente na doutrina que o fato gerador do ICMS é a prática de operação de circulação de mercadorias, por comerciante ou empresário habitual, que implique a transferência da titularidade da mercadoria (circulação jurídica), praticada a título oneroso. A energia elétrica, embora seja um bem incorpóreo, foi enquadrada como mercadoria pela Constituição da República de 1988, para fins de incidência do imposto estadual.

Não obstante, no que toca ao conceito de mercadoria, esta é sempre um bem móvel colocado no comércio. De acordo com José Eduardo Soares de Melo:

> 'Mercadoria', tradicionalmente, é bem corpóreo da atividade empresarial do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa, segundo a ciência contábil, como é o caso do ativo permanente. [...] (in *ICMS teoria e prática*. 6. ed. atualizada com a Lei Complementar nº 114, de 16 de dezembro de 2002, e o novo Código Civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 18).

No que toca à "circulação" a que se refere a Carta Magna, esta há de ser jurídica, assim entendida como representativa da tradição, como fenômeno jurídico de execução de ato ou negócio translativo de domínio. Confiram-se, a respeito, os seguintes comentários de Roque Antônio Carrazza:

> É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e, não, meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança da titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. Esta idéia, abonada pela melhor doutrina (Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Cléber Giardino etc.) encontrou ressonância no próprio Supremo Tribunal Federal (*ICMS*. 9. ed. revista e ampliada de acordo com a Lei Complementar 87/1996 e suas ulteriores modificações. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 36).

De acordo com Paulo de Barros Carvalho:

> 'Circulação' é a passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, sob o manto jurídico, equivale a declarar, à sombra de um ato ou de um contrato, nominado ou inominado. Movimentação com mudança de patrimônio [...] (*apud* MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS teoria e prática*. 6ª ed. atualizada com a Lei Complementar n.º 114, de 16 de dezembro de 2002, e o novo Código Civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 16).

Dessa forma, para haver a incidência do imposto, devem ser preenchidos alguns requisitos, quais sejam: a prática de operação de circulação de mercadoria - entendida como bem móvel colocado no comércio - por empresário habitual, em caráter oneroso, que implique translação de domínio.

Sendo assim, importa perquirir, em um primeiro momento, se a ora apelada se configura como "empresário habitual" e, portanto, como contribuinte da exação, e se a energia elétrica poderia ser considerada como mercadoria no presente caso.

Tenho que não. Da análise do estatuto social da ora apelada (f. 49/51 dos autos dos embargos nº 0518.06.099089-3), verifica-se que sua atividade consiste na produção, transformação, refinação, distribuição e venda de alumínio. Não faz parte do objeto social da ora apelada a comercialização de energia elétrica. De mais a mais, de acordo com instrumentos normativos editados pela Aneel, os comercializadores de energia elétrica devem ter constituição específica para esta finalidade.

Dessa forma, a ora apelada não é contribuinte do ICMS incidente sobre operações de venda de energia elétrica, mas é consumidora final da referida energia. Ainda que se entendesse ser de compra e venda a operação praticada pela ora apelada, não se poderia concluir que a operação estaria sujeita à exação estadual, na medida em que seria uma compra e venda em caráter esporádico e não habitual, de um bem que, nessas condições, não pode ser considerado como mercadoria.

Não bastasse, da análise dos documentos constantes dos autos relativos aos contratos celebrados pela ora apelada (f. 204/225), tenho que as operações celebradas são de "transferência do direito de uso de redução de meta", ou seja, de transferência a outrem do direito de utilizar-se de determinada potência da qual a apelada não se valeu. Da análise dos referidos

documentos, tem-se que a obrigação da apelada seria de transferir os certificados que consubstanciam o direito de uso da potência de energia, não lhe cabendo fornecer a energia elétrica em questão (o que sequer faz parte de seu objeto social). Sendo assim, não incide o imposto estadual sobre cessão de direito de uso de potência de energia elétrica.

Dessa forma, não há falar em exigência de ICMS sobre estas operações e sequer em estorno de créditos de ICMS em virtude da prática de operações imunes (art. 155, § 2º, inc. II, *b*, da CR/88), uma vez que as operações praticadas sequer se encontram no âmbito de incidência do imposto estadual.

A matéria é controvertida em sede deste eg. Tribunal de Justiça. Não obstante, confiram-se os seguintes precedentes jurisprudenciais que confirmam a posição ora adotada:

> ICMS - Transferência de excedente referente à redução de meta de consumo de energia elétrica - Não mera cessão de direito - Fato gerador de ICMS não configurado. - A transferência de excedente referente à redução de meta de consumo de energia elétrica não caracteriza venda de mercadoria, e sim cessão de direito, não se subsumindo à hipótese de contribuição de ICMS (TJMG, EI nº 1.0024.07.389487-5/003, 1ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade, in *DJ* de 27.08.2010).

> Embargos à execução fiscal - Cessão de excedente de redução de meta de consumo de energia elétrica - Fato gerador do ICMS - Inocorrência - Honorários advocatícios. - O ICMS não incide sobre a cessão do Direito de Uso de Excedentes de Redução de Meta de Energia Elétrica, mas somente sobre o efetivo consumo do bem. Julgados procedentes os embargos à execução fiscal, os honorários advocatícios devem ser fixados em quantia suficiente para remunerar o trabalho do profissional, sem onerar excessivamente a Fazenda Pública, atendida a equidade determinada no § 4º do art. 20 do CPC, o que restou respeitado na sentença (AC/RN nº 1.0313.07.223808-9/001, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Edilson Fernandes, in *DJ* de12.03.2010).

Por derradeiro, é bom destacar que, embora a discussão nos presentes autos não seja esta, entendo que a aquisição de energia elétrica pela ora apelada não gera sempre crédito aproveitável em suas operações de comercialização de alumínio. Confira-se a redação do art. 33, inciso II, da Lei Complementar nº 87/1996:

> Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:
> [...]
> II - somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:
> a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;
> b) quando consumida no processo de industrialização; [...]

No presente caso, sendo a apelada consumidora final da energia elétrica, só haveria geração de crédito de ICMS quando a energia elétrica é consumida no processo de industrialização da ora apelada.

Dessa forma, a Fazenda Estadual poderia, em tese, determinar o estorno dos créditos de ICMS quando a apelada se valesse dos referidos créditos para compensação em situações não autorizadas. Registre-se que este não é o caso, no momento, pois o estorno dos créditos, na presente hipótese, se fez com base no art. 155, § 2º, inciso II, *b*, da CR/88, sendo que se demonstrou não ser o caso de estorno de crédito de ICMS quando a operação posterior é contemplada por imunidade (porque a operação "posterior" nem sequer é sujeita à incidência do imposto estadual).

Diante do entendimento de que o imposto não é devido, tampouco devem ser mantidas as exigências de multa de revalidação e multa isolada, esta por não ser necessária a emissão de nota fiscal de venda, na hipótese (mesmo porque não houve operação passível da incidência do imposto).

Vale, ainda, ressaltar que a presente discussão, a meu aviso, difere-se daquela acerca da incidência ou não de ICMS sobre a demanda contratada de potência, matéria recentemente pacificada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que somente não incide ICMS sobre a potência contratada e não utilizada, entendendo que o imposto estadual incide sobre a rubrica exigida a título de potência contratada e utilizada (STJ, REsp 960476/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, in *DJe* de 13.05.2009). Isso porque não se discute nos presentes autos a incidência ou não incidência do ICMS sobre a potência contratada e não utilizada, mas acerca da incidência ou não incidência do ICMS nas operações de cessão de direito de uso de potência celebradas entre a apelada e outras empresas, o que quer me parecer ser hipótese distinta daquela.

No que toca, por fim, aos honorários advocatícios, entendo que estes merecem redução, em atendimento aos requisitos do § 3º c/c 4º do art. 20 do CPC na medida em que, embora estes não possam ser aviltantes, devendo remunerar condignamente os patronos das partes, levando-se em conta a complexidade e importância da causa, devem ser arbitrados com base na equidade. Nesses termos, entendo por bem fixar os honorários advocatícios no montante de R$80.000,00 (oitenta mil reais), por reputar este valor justo, levadas em conta as mencionadas circunstâncias da causa, para remunerar condignamente os patronos da embargante, ora apelada.

Em face do exposto, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, apenas para reduzir os honorários advocatícios devidos pelo Estado de Minas Gerais aos patronos da embargante, ora apelada, para o montante de R$80.000,00 (oitenta mil reais). Fica pre-

judicado o 2º recurso voluntário. Nego provimento ao 1º recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Sem a limitação de maiores reflexões sobre o tema, por ora acompanho o Relator.

DES. VIEIRA DE BRITO - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O SEGUNDO RECURSO VOLUNTÁRIO. NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO VOLUNTÁRIO.

. . .

Indenização - Atropelamento - Vítima alcoolizada - Laudo médico - Comprovação - Agravo retido - Testemunha contraditada - Depoimento - Valoração - Possibilidade - Prova dos fatos - Demonstração - Culpa exclusiva da vítima - Indenização indevida - Responsabilidade objetiva - Elisão - Ilegitimidade ativa - Omissão da sentença - Matéria de ordem pública - Conhecimento de ofício - Alegação de ilegitimidade ativa - Inocorrência - Companheira - Legitimação - Comprovação - Prova documental - Existência de filho com a vítima

Ementa: Ação de indenização. Agravo retido. Indeferimento. Testemunha contraditada. Prova dos fatos alegados. Demonstração. Atropelamento. Responsabilidade objetiva. Vítima alcoolizada. Comprovação. Culpa exclusiva da vítima. Indenização indevida.

- Embora contraditada a testemunha, deve o magistrado, na condução da instrução probatória, aquilatar a existência de reais motivos para se dispensar a sua oitiva, ou se o seu depoimento tem repercussão direta no julgamento do feito, deferindo ou não a alegação da parte e fundamentando sua decisão.

- A responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6º, da CF/88, é elidida mediante prova dos autos da culpa exclusiva da vítima quanto à ocorrência do evento danoso.
- Constatando-se que a vítima de atropelamento caminhava pela rodovia no meio da pista e alcoolizada, a vítima assume a responsabilidade por seu ato e atrai para si a culpa pelo acidente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.08.247870-9/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelados: V.A.S., T.M.S.S.A., T.B.S.A. - Apelante: N.O.S. - Relator: OTÁVIO DE ABREU PORTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de abril de 2011. - *Otávio de Abreu Portes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - Reunidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de "ação de indenização por danos morais e materiais" proposta por N.O.S. em face de V.A.S. e T.B.S.A. alegando que seu companheiro, C.C.S., vendedor ambulante de algodão doce, foi vítima de atropelamento pelo caminhão de propriedade da transportadora ré, conduzido pelo seu preposto, primeiro réu, vindo a falecer após dias de internação. Pugna pela condenação dos requeridos ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais sofridos.

Às f. 32/44 a transportadora ré requereu a denunciação da lide à empresa T.M.S.S.A., o que restou deferido à f. 73.

O MM. Juiz *a quo* (f. 242/243) julgou improcedentes os pedidos exordiais e extinguiu a lide secundária, por perda do objeto. Condenou a autora ao pagamento dos honorários advocatícios, suspendendo sua exigibilidade e isentando-a em relação às custas.

Inconformada apela N.O.S. (f. 245/251), alegando a imprestabilidade do depoimento testemunhal no qual o Monocrático se baseou, pois a testemunha é funcionário da transportadora apelada, donde se infere o receio de perder seu emprego. Acrescentou que o acidente ocorreu em horário no qual a visão é prejudicada, assim, não poderia a testemunha ter visto o acidente, pois estava na direção de um caminhão que vinha atrás cuja visão estava obstruída pelo caminhão conduzido pelo primeiro apelado. Enfatiza que seu depoimento é cópia fiel dos argumentos dos apelados, chegando a testemunha a afirmar que a vítima estava embriagada, o que não ocorreu. Alternativamente, defendeu a culpa concorrente, por inobservância do dever de cuidado.

Contrarrazões recursais apresentadas pelos primeiros apelados às f. 275/277 e pela segunda apelada às f. 256/274, arguindo a omissão na sentença quanto à preliminar de ilegitimidade ativa. Pugnou pelo conhe-

cimento do agravo retido na hipótese de alteração da sentença.

Agravo retido.

Inicialmente de se apreciar o agravo retido interposto contra decisão que indeferiu a contradita da testemunha da autora, Sr.ª M.C.F.

Nesse mister, deve-se ressaltar que, segundo sistemática processual civil, ocorre cerceamento de defesa quando o juiz, na direção do processo, subtrai, dificulta ou obstaculiza a produção da prova pugnada pela parte e necessária a embasar o fato constitutivo de seu direito, ou impeditivo, modificativo ou extintivo do que fora suscitado pelo *ex adverso*.

Segundo o mesmo contexto, a finalidade da prova é levar convicção ao juiz sobre a *vexata quaestio*, sendo, assim, imprescindível e necessária a produção daquelas que possam exercer influência na solução da demanda e, de acordo com o princípio da livre apreciação judicial da prova, desde que o juiz já se encontre imbuído da verdade real ou inexatidão dos fatos que se encontram deduzidos nos autos, lícito lhe é interromper o propósito dos integrantes da relação processual de alongar a prova, nos termos do art. 130 do Digesto Processual Civil.

Esse o entendimento jurisprudencial:

> O juiz dirige e policia a luta das partes, determina as provas necessárias à instrução do processo, indefere as diligências que a seu juízo são inúteis e protelatórias. É o juiz que faz a seleção das provas requeridas e diz quais são as necessárias à instrução da causa, se bem que o ônus da prova caiba às partes - art. 333 do CPC (Agravo de Instrumento nº 3.298, TJGO, Rel. Des. Paulo de Amorim, 2ª Câmara).

Assim, tem-se que, no caso de ser determinada testemunha arrolada pela parte autora contraditada pela requerida, cabe ao Magistrado, na condução do processo e no interesse da sua instrução, aquilatar sobre a necessidade e possibilidade de sua oitiva, fundamentando decisão positiva ou negativa a esse respeito.

Essa a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> O CPC 405, § 3º, I, traz caso objetivo de suspeição. De posse de sentença penal em que se comprove que a testemunha foi condenada por falso testemunho, o juiz deve recusar o seu depoimento, a não ser que ocorra a hipótese do CPC 405, § 4º. Nos demais casos, cabe ao juiz, ao seu prudente critério, fundamentar as razões de sua decisão para ouvir ou não as testemunhas a respeito das quais foi levantada contradita (CPC 414 § 1º) (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo:, 2003, p. 756).

No caso dos autos, restou claro que a testemunha M.C.F., cujo depoimento se encontra à f. 165, se comprometeu perante o Juízo a dizer a verdade, relatando fatos que se encontram corroborados por outras provas produzidas no feito, o que revela estar estritamente correta a avaliação feita pelo Magistrado singular a respeito da possibilidade de sua oitiva como testemunha, motivo pelo qual se nega provimento ao agravo retido.

Preliminar de omissão na sentença - ilegitimidade ativa.

A seguradora apelada arguiu a preliminar de omissão na sentença, pois a prefacial de ilegitimidade ativa por ela levantada não foi decidida.

Considerando que a questão consiste em matéria de ordem pública, podendo ser apreciada até mesmo de ofício, passo à análise da preliminar.

À preliminar carencial suscitada pela segunda apelada, de ilegitimidade ativa, releva anotar que essa matéria carencial se caracteriza como o dever de a parte suportar os efeitos oriundos da sentença, como uma das condições impostas à propositura da demanda.

A pertinência da ação àquele que a ajuíza em confronto com a outra parte, obrigatoriamente, tem de se encontrar revestida de titularidade que se apura em vista da relação jurídica de direito material em que surge o conflito de interesses, utilizando-se desse mesmo critério para aquilatar a idoneidade do sujeito a figurar no polo passivo da ação, devendo, assim, encontrar-se correta a titularidade, quer ativa ou passiva, sendo certo que, não estando um dos litigantes legitimados a se posicionarem na ação, esta não se desenvolve validamente.

Elucida Liebman, em obra traduzida por Cândido Dinamarco, *Manual de direito processual civil*, p. 157, que:

> 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.

Em outras palavras, Luiz Machado Guimarães assinala que a legitimação significa

> o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica como sendo as pessoas facultadas, respectivamente a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda (*Estudos do direito processual civil*, p. 101).

Entende o douto Arruda Alvim, por sua vez, que

> estará legitimado o autor quando for possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença (*Código de Processo Civil comentado*, I/319).

Exsurge claro desses conceitos que o estatuto processual pátrio exige seja demonstrada a pertinência sub-

jetiva da ação, de forma incontroversa e cabal, de modo que a relação processual litigiosa se trave entre o possível titular do direito pretendido (legitimação ativa) e o sujeito que estaria obrigado a suportar os efeitos oriundos de uma sentença que julgue procedente o pedido inicial (legitimação passiva), à míngua do que a relação processual nem se forma.

O Código de Processo Civil, em seu art. 3º, exige que seja demonstrada, *initio litis*, a pertinência subjetiva da ação, não se admitindo relação processual litigiosa a ser intentada por quem não seja seu titular ou em face de uma pessoa que não esteja obrigada a suportar os efeitos oriundos da sentença a ser obtida, em caso de procedência do pedido, sendo mister reconhecer-se, em tais circunstâncias, a ilegitimidade ativa e passiva *ad causam*.

In casu, com a devida vênia ao entendimento firmado em contrarrazões, verifica-se da documentação trazida aos autos ser a autora companheira do *de cujus*, com o qual teve uma filha, Y.C.S., conforme certidão de nascimento de f. 11.

Dessa feita, conclui-se que a autora tem legitimidade para propor a presente ação, pelo que se rejeita a preliminar e passa-se ao exame do mérito.

Mérito.

No plano jurídico nacional, o dano e o consequente dever de o ressarcir advêm de ato ilícito traduzido em infringência à ordem jurídica, com ofensa ao direito alheio e lesão ao respectivo titular, conforme dispõem os arts. 186 e 927 do Novo Código Civil, com correspondente legislativo do art. 159 do Código Civil de 1916.

Analisando a regra legal transcrita *in retro*, ensina Sílvio Rodrigues que constituem "pressupostos da responsabilidade civil: A) ação ou omissão do agente; B) culpa do agente; C) relação de causalidade; D) dano experimentado pela vítima" (*Direito civil*, IV/14), doutrinando, semelhantemente, Antônio Lindbergh C. Monteiro que os pressupostos necessários à imposição da obrigação de indenizar são:

> a) o dano, também denominado prejuízo; b) o ato ilícito ou risco, segundo a lei exija ou não a culpa do agente; c) um nexo de causalidade entre tais elementos (*Do ressarcimento de danos pessoais e materiais*, p. 10).

Subtrai-se dessas normas que o dever de reparar o prejuízo ocasionado pelo ato ilícito se assenta na conjugação necessária de três requisitos indissociáveis, quais sejam o dano ou o prejuízo sofrido pela vítima; a culpa do agente e o nexo causal entre tais elementos, resultando induvidoso que a ausência de um desses pressupostos afasta a obrigação de indenizar, à vista do que, não é suficiente apenas a alegada conduta antijurídica do réu para que se reconheça o dever de ressarcir, sendo necessária a prova de que o ato praticado pela mesma ocasionou à autora ofensa passível de indenização.

Os tribunais pátrios têm decidido ser

> sabido que, em matéria de responsabilidade civil por danos patrimoniais ou morais, é necessário que se verifique a presença simultânea de três elementos essenciais, ou seja, da ocorrência induvidosa do dano; a culpa, dolo ou má-fé do ofensor; e o nexo causal entre a conduta ofensiva e o prejuízo da vítima, não se satisfazendo a responsabilidade civil na ausência de qualquer deles (Apelação Cível nº 24.517-4, TJSP, Rel. Des. Brenno Marcondes, *Jurisprudência Informatizada Saraiva*, CDROM nº 16).

No caso dos autos, constata-se que a vítima caminhava pela BR 116 quando foi atropelada pelo caminhão de propriedade da empresa T.B.S.A. e conduzido por V.A.S., conforme boletim de ocorrência de f. 15/19.

A testemunha dos apelados, J.C.F. afirmou em seu depoimento que "a vítima estava embriagada, e mesmo andando em baixa velocidade o condutor do caminhão não conseguiu evitar a colisão" (f. 236).

A apelante sustenta que o mencionado depoimento não tem validade, porquanto fornecido por empregado da transportadora apelada que não tem, portanto, a isenção necessária.

Primeiramente, verifico que a arguição de suspeição da testemunha está preclusa, pois só agora, em sede recursal, veio aos autos, embora a apelante tenha tido oportunidade de se manifestar nos autos após colhido o depoimento.

Mas, ainda que se possa considerar válida a arguição de que a testemunha, por medo de perder seu emprego, adotou fundamentos idênticos aos dos apelados, constato que o estado de embriaguez da vítima é corroborado pelo relatório médico de f. 12, no qual consta que o paciente estava "alcoolizado".

No caso dos autos, verifica-se que a prova realmente verteu para a presença de culpa exclusiva da vítima pelo evento danoso.

Dessarte, levando em conta o fato de que não foi provada a atitude culposa do condutor do veículo, e, principalmente, em razão do laudo médico que afirma que o falecido estava alcoolizado e o BO que indica que ele caminhava no meio da pista, entendo que a vítima do sinistro concorreu decisivamente para o acidente descrito na inicial, rompendo o nexo de causalidade exigido em eventos desta natureza, razão pela qual fica afastada a responsabilidade dos apelados.

Melhor dizendo, mesmo se considerando a responsabilidade da empresa como objetiva, a teor do artigo 37, § 6º, da CF/88, resta a mesma afastada pela culpa exclusiva da vítima, como restou comprovado.

Nesse sentido:

> Civil e processual civil. Apelação. Ação indenizatória. Atropelamento. Excesso de velocidade do condutor do veículo não demonstrado. Ônus da prova do autor. Culpa exclusiva da vítima. Travessia repentina da via de rolamento realizada sem o devido cuidado e em local inapropriado.

Rompimento do nexo causal. Manutenção da sentença. Recurso não provido. A mera alegação de que o condutor trafegava com velocidade superior à máxima permitida não é suficiente para lhe atribuir a culpa pelo acidente, devendo a autora comprovar tal alegação. Ao realizar a travessia de via pública, notoriamente movimentada, em desacordo com as normas de trânsito, a vítima assume a responsabilidade por seu ato e atrai para si a culpa pelo acidente. A conduta imprudente da vítima ao atravessar via movimentada sem a devida cautela rompe o nexo causal inviabilizando a atribuição de responsabilidade ao condutor do veículo. Recurso conhecido e não provido (TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.05.879099-9/001, Des. Márcia De Paoli Balbino, julgado em 06.12.2007).

Mediante tais considerações, rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso, mantendo-se *in totum* a douta decisão de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pela apelante, suspensa a sua exigibilidade, na forma do art. 12 da Lei 1.060/50.

DES. WAGNER WILSON FERREIRA - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Imóvel - Compra e venda - Prestações - Inadimplência - Rescisão - Construtora - Retenção de valores pagos - Percentual de 20% - Possibilidade - Precedentes jurisprudenciais - Arras - Arts. 1.094 e 1.097 do Código Civil de 1916 - Retenção - Legalidade - Taxa de fruição - Indenização compensatória - Equilíbrio contratual - Inteligência dos arts. 884 a 886 do NCCB

Ementa: Rescisão contratual. Compra e venda. Imóvel. Retenção. 20%. Arras. Fruição.

- Em caso de rescisão do contrato, por culpa do promitente comprador, garante-se ao promitente vendedor o direito de reter 20% dos valores pagos.

- Se aquele que deu as arras é o responsável pelo insucesso do contrato, deve ele suportar a sua perda em benefício do outro contratante.

- Usufruindo os compradores do imóvel durante longo período de tempo, cabível é a retenção pelo vendedor de quantia referente à fruição, devida desde a data da sua entrega àqueles até a sua efetiva devolução, retornando-se ao *status quo ante*.

- A aplicação da taxa de fruição enseja o equilíbrio contratual, sob pena de ferir o princípio universal de direito que veda o enriquecimento imotivado, critério este acolhido no direito pátrio, hoje explicitado nos arts. 884 a 886 do NCCB, e no direito comparado, que já se encontrava formulado no Direito Romano, segundo o qual *jure naturae aequum est, neminem cum alteris detrimento et injuria, fieri locupletiorem* (é justo, por direito natural, que ninguém se torne mais rico em detrimento e prejuízo de outro - Dig., Liv. 50, Tit. 17, par. 207 - cf. PACHECO, José da Silva. Do enriquecimento sem causa perante o novo Código Civil, ADV - *Advocacia Dinâmica*, Boletim Semanal nº 132, p. 468).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.268383-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: M.S.E. Ltda. - Apelados: M.C.O. e seu marido - Relator: DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Osmando Almeida, 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 abril de 2011. - *José Antônio Braga* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Cuida-se de recurso de apelação interposto por M.S.E. Ltda., nos autos da ação de rescisão contratual c/c repetição do indébito, movida por M.C.O. e R.S.O., perante o Juízo da 19ª Vara Cível da Capital, tendo em vista o inconformismo com a sentença proferida, às f. 519/523, que:

1. rejeitou preliminares de conexão e suspensão por prejudicialidade externa;

2. julgou parcialmente procedente a pretensão autoral para:

2.1 condenar a ré a devolver, de uma única vez, as prestações efetivamente pagas, corrigidas desde o desembolso, com dedução do percentual de 20% e apuração do *quantum* devido em sede de liquidação de sentença;

2.2 condenar, também, a parte requerida a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, fixados em 10% do valor a ser restituído.

Embargos de declaração opostos, às f. 529/534, rejeitados, à f. 536.

Em suas razões recursais, às f. 539/554, sustenta a parte apelante o direito à retenção da importância paga a título de sinal ou arras.

Alega, para tanto, que a rescisão do contrato ocorreu por culpa exclusiva dos recorridos, que não tiveram condições financeiras para adimplir a dívida assumida.

Defende, ainda, a necessidade de aumento do percentual de retenção, ao argumento de que a jurisprudência pátria tem entendido que ele deve ser fixado em 25% "sobre as parcelas efetivamente adimplidas, sem se considerar a fruição pelo uso e gozo do bem imóvel".

Assevera que essa espécie de retenção tem por finalidade recompensar os gastos despendidos com a comercialização do imóvel, em especial propaganda, impostos, despesas administrativas, corretagem, taxas, custas e emolumentos cartorários.

Disserta sobre o assunto, colacionando jurisprudência que corrobora a sua tese.

Aduz, também, que, para evitar o enriquecimento sem causa dos apelados, os quais se encontram na posse do bem em litígio há vários anos, faz jus ao pagamento de fruição, no importe de 1% ao mês sobre o valor atualizado do contrato, desde a data em que aqueles foram imitidos na posse (agosto de 1996) até a efetiva devolução do imóvel.

Por fim, argumenta que a rescisão do contrato torna ilegítima a posse dos autores, sendo necessária a entrega do imóvel até para que se possa estabelecer o termo final de uso, para fins de apuração da fruição, devendo aqueles, além disso, comprovar a inexistência de débitos concernentes ao imóvel, sob pena de retenção da quantia inadimplida.

Preparo regular, à f. 555.

Contrarrazões, às f. 557/562, pugnando, em suma, pela mantença do *decisum* de primeiro grau.

Diligência determinada, à f. 569, regularmente cumprida (f. 582/600).

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Ausentes preliminares, ao mérito recursal.

Trata-se de ação de rescisão contratual ajuizada por M.C.O. e R.S.O. contra M.S.E. Ltda., em virtude da impossibilidade financeira de arcar com o pactuado, mesmo depois de revisada a dívida nos autos nº 024.99.024013-7.

Houve por bem o Julgador monocrático em acolher parcialmente a pretensão autoral para rescindir o contrato, determinando a devolução das prestações efetivamente pagas, descontando-se o percentual de 20%.

Em âmbito recursal, eis os pontos atacados pela empresa apelante: direito de retenção das arras; percentual de retenção; fruição do imóvel.

Pois bem.

Examinando-se detidamente o feito, observa-se que as partes entabularam o contrato particular de compra e venda de imóvel, cuja cópia se encontra acostada, às f. 39/50, que foi devidamente revisado pelo Poder Judiciário no processo nº 024.99.024013-7, com decisão regularmente transitada em julgado (f. 290/297 e 310/313), como se infere da certidão lançada, à f. 315.

Conquanto a dívida tenha sido revista, determinando-se a apuração do *quantum debeatur* em sede de liquidação de sentença por arbitramento, ainda em curso, de acordo com informações prestadas pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Capital (f. 582/583), os autores, não conseguindo adimplir a obrigação assumida, resolveram propor a presente rescisão contratual no final do ano de 2008.

Inequívoca, portanto, a inadimplência dos promissários compradores.

Em caso de rescisão do contrato de compra e venda de imóvel, por inadimplência do promissário comprador, a jurisprudência tem considerado razoável a retenção pelo promitente vendedor da quantia equivalente a 20% dos valores pagos.

Nesse sentido, o recente julgado desta Câmara:

> Promessa de compra e venda. Imóvel. Distrato. Restituição das parcelas pagas. Retenção do percentual de 20%. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. - É nula de pleno direito a cláusula que impõe ao consumidor o recebimento de carta de crédito a ser utilizada exclusivamente para a compra de outro imóvel pertencente à construtora. Inteligência do art. 51, II, do Código de Defesa do Consumidor. - A jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive do colendo Superior Tribunal de Justiça, está hoje consolidada no sentido de que, em havendo extinção de contrato de promessa de compra e venda, mesmo por inadimplência justificada do devedor, o contrato pode prever a perda de parte das prestações pagas, a título de indenização do promitente vendedor, para cobertura de despesas decorrentes do próprio negócio, prevalecendo, para a maioria dos casos, o percentual de 20% (vinte por cento), do valor das prestações pagas, como sendo o mais adequado. (TJMG - Nona Câmara Cível - Apelação nº 1.0024.07.586160-9/001, Relator: Desembargador Tarcísio Martins Costa, data do julgamento: 13.07.2010, data da publicação: 02.08.2010.)

Assim, acertada a decisão primeva que determinou a retenção deste percentual.

Com relação às arras, os arts. 1.094 e 1.097 do CC/1916, com correspondência, respectivamente, nos arts. 417 e 418 do CC/2002, estatuem que:

> O sinal, ou arras, dado por um dos contraentes firma a presunção do acordo final e torna obrigatório o contrato.
> Se o que deu arras der causa a se impossibilitar a prestação, ou a se rescindir o contrato, perdê-las-á em benefício do outro.

Sobre a matéria, ensina Sílvio de Salvo Venosa:

> Se o negócio se impossibilitar sem culpa, por mero distrato, ou caso fortuito ou força maior, deve ocorrer a devolução

> singela do sinal, voltando as partes ao estado anterior. O mesmo ocorre se for constatada a culpa de ambos os contratantes. Se o insucesso do contrato ocorrer por culpa de quem deu as arras, perderá ele o sinal em benefício do outro contratante (art. 1.097). (*Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 537.)

Dessa feita, como foram os autores que deram as arras os culpados pela rescisão do contrato, permitida a sua retenção pela construtora ré.

No que tange à fruição, com razão a construtora recorrente.

É que, tendo os requerentes dado causa à rescisão do contrato e sendo evidente que eles vêm usufruindo do imóvel há longos anos, uma vez que a avença data do ano de 1995, sendo os compradores imitidos na posse no ano de 1996, seria injusto que, possuindo o bem por tão longo período, não reembolsassem à parte apelante qualquer valor a título de fruição.

Decidiu esta Câmara em situação análoga, em voto de minha relatoria, acompanhado pelos ilustres Pares:

> Contrato de compra e venda de imóvel. Rescisão. Descumprimento de cláusula contratual. Direito à retenção. Fruição. - Verificado o descumprimento de cláusula de contrato de compra e venda, a rescisão é medida que se impõe. Em caso de rescisão do contrato, por culpa do promitente comprador, garante-se ao promitente vendedor o direito de reter 20% dos valores pagos. Tendo o comprador usufruído do imóvel durante longo período, cabível é a retenção pelo vendedor de valor a título de fruição. Fruição. Termo. Inovação recursal. Impossibilidade de conhecimento. Sucumbência recíproca. - A taxa de fruição é devida a partir da data do recebimento do imóvel pelos requeridos, até a data de sua efetiva entrega à requerente. Não merece conhecimento a pretensão recursal que contenha inovação. Opera-se a sucumbência recíproca quando o autor sai vitorioso apenas em parte de sua pretensão. (Apelação nº 1.0411.04.014603-6/001, data do julgamento: 23.03.2010, data da publicação: 12.04.2010.)

A fruição, como sabido, tem natureza de indenização compensatória pelo período em que os promissários compradores detiveram o imóvel objeto do contrato particular de promessa de compra e venda, impedindo que a promitente vendedora fruísse as utilidades do imóvel.

Desse modo, a posse do imóvel pelos promissários compradores conferiu à promitente vendedora o direito de ser ressarcida pelo que deixou de receber a título de locação do bem, durante o período de ocupação.

A taxa de fruição é, pois, devida a partir da data do recebimento do imóvel pelos recorridos, até a sua efetiva entrega à construtora recorrente, isso porque constitui ela uma forma de contraprestação pelo uso e gozo do imóvel por parte dos promissários compradores, sob pena de se enriquecerem ilicitamente à custa da promitente vendedora, já que, recebendo de volta as prestações pagas, terão residido no imóvel por um longo período gratuitamente.

Para além, a aplicação da taxa de fruição enseja o equilíbrio contratual, sob pena de ferir o princípio universal de direito que veda o enriquecimento imotivado, critério este acolhido no direito pátrio, hoje explicitado nos arts. 884 a 886 do NCCB e no direito comparado, que já se encontrava formulado no Direito Romano, segundo o qual *jure naturae aequum est, neminem cum alteris detrimento et injuria, fieri locupletiorem* (é justo, por direito natural, que ninguém se torne mais rico em detrimento e prejuízo de outro - Dig., Liv. 50, Tit. 17, par. 207 - cf. PACHECO, José da Silva. Do enriquecimento sem causa perante o novo Código Civil, ADV - *Advocacia Dinâmica*, Boletim Semanal nº 132, p. 468).

Assim sendo, de rigor a fixação da taxa de fruição em 1% do valor de avaliação do imóvel, sem benfeitorias, incidente desde a ocupação daquele até a sua efetiva entrega à empresa ré.

Isso posto, dá-se parcial provimento ao apelo para: i) deferir a retenção da quantia relativa às arras em favor da parte apelante; ii) estabelecer taxa de fruição do imóvel em 1% do valor de sua avaliação, sem benfeitorias, devida desde a data do seu recebimento até a sua efetiva devolução à construtora, a ser apurada em sede de liquidação de sentença; iii) determinar a compensação dos valores aqui apurados com o *quantum debeatur* encontrado nos autos da ação revisional, uma vez que as partes são simultaneamente credoras e devedoras entre si, nos termos do art. 368 do Código Civil.

Em virtude da sucumbência recíproca, ambas as partes são condenadas ao pagamento das custas processuais, inclusive recursais, e dos honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o montante a ser apurado em liquidação de sentença, à proporção de 50% para cada uma delas, suspendendo-se a exigibilidade em relação aos autores, *ex vi* do disposto no art. 12 da Lei 1.060/50 e autorizando-se a compensação, nos termos da súmula 306 do STJ.

Para os fins do art. 506, III, do CPC a síntese do presente julgamento é:

1. deram parcial provimento à apelação para: i) deferir a retenção da quantia relativa às arras em favor da parte apelante; ii) estabelecer taxa de fruição do imóvel em 1% do valor de sua avaliação, sem benfeitorias, devida desde a data do seu recebimento até a sua efetiva devolução à construtora, a ser apurada em sede de liquidação de sentença; iii) determinar a compensação dos valores aqui apurados com o *quantum debeatur* encontrado nos autos da ação revisional, uma vez que as partes são simultaneamente credoras e devedoras entre si, nos termos do art. 368 do Código Civil;

2. em virtude da sucumbência recíproca, ambas as partes são condenadas ao pagamento das custas processuais, inclusive recursais, e dos honorários advo-

catícios, fixados em 15% sobre o montante a ser apurado em liquidação de sentença, à proporção de 50% para cada uma delas, suspendendo-se a exigibilidade em relação aos autores, *ex vi* do disposto no art. 12 da Lei 1.060/50 e autorizando-se a compensação, nos termos da Súmula 306 do STJ.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GENEROSO FILHO e OSMANDO ALMEIDA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

Veículo - Apreensão - CRLV - Ausência - Multa de trânsito - Existência - Liberação do veículo - Condicionamento ao pagamento das multas - Possibilidade - Mandado de segurança - Denegação da ordem - Voto vencido

Ementa: Reexame necessário. Direito administrativo. Mandado de segurança. Apreensão do veículo. Ausência do CRLV. Existência de multas de trânsito já vencidas. Liberação do veículo condicionada ao pagamento das multas. Possibilidade. Entendimento consolidado do STJ (REsp 1.104.775/RS). Sentença reformada.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0024.08.288952-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara de Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Autora: I.M.N.S.M. - Réu: Diretor do Detran - Departamento Estadual de Trânsito de Minas Gerais - Relator: DES. AUDEBERT DELAGE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Audebert Delage, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR A SENTENÇA, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2011. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AUDEBERT DELAGE - Trata-se de reexame necessário da sentença de f. 233/238, que, nos autos do mandado de segurança impetrado por I.M.N.S.M. contra ato do Diretor do Departamento de Trânsito de Minas Gerais (Detran/MG), concedeu a segurança, determinando a emissão do certificado de registro e licenciamento de veículo (CRLV), sem o pagamento de quaisquer taxas referentes às diárias do automóvel da impetrante. Sem condenação em honorários advocatícios, por força do art. 25 da Lei nº 12.016/2009. Custas, na forma da lei.

Como relatório adoto, ainda, o da r. sentença, acrescentando que a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se, às f. 250/256, pela confirmação da sentença em reexame.

Conheço do reexame necessário, presentes suas condições de admissibilidade.

Da análise da petição inicial, verifica-se que a impetrante busca a emissão do CRLV de seu veículo VW/Gol - placa GYA3254, independentemente do pagamento das taxas referentes às diárias do veículo, tendo em vista que se encontrava de boa-fé e em dia com suas obrigações (f. 07).

Sobre o tema, observa-se que o licenciamento constitui ato administrativo que deverá cumprir as disposições que o disciplinam e estabelecem seus requisitos, presentes nos arts.130 a 135 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97).

A aplicação das multas de trânsito consiste em exercício regular do poder de polícia da Administração Pública, que deve, para tanto, seguir o procedimento previsto em lei, determinando a notificação do infrator para que possa exercitar o seu direito constitucional de defesa.

In casu, o veículo da autora foi apreendido em 27.11.2008, após se envolver em um acidente de trânsito e não constar o CRLV atualizado (f.10/10-v.). O Detran/MG não liberou o veículo, tendo em vista a existência de multas e a ausência do licenciamento.

O Código de Trânsito Brasileiro prevê em seu art. 230, V, a aplicação da penalidade de apreensão do veículo ao infrator que conduz veículo que não esteja devidamente licenciado. Por sua vez, o condicionamento da liberação do veículo apreendido à regularidade administrativa do motorista proprietário, principalmente no que diz respeito às multas, também encontra expressa previsão legal (art. 262, §2º, do CTB). No caso em tela, a impetrante possui multas de trânsito já vencidas, ausente a prova pré-constituída de quitação ou parcelamento das mesmas.

Confira-se precedente do Superior Tribunal de Justiça, com a aplicabilidade do art. 543-C do CPC:

> Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ nº 08/2008. Administrativo. Veículo. Ausência de registro e licenciamento. Art. 230, V, do CTB. Penas de multa e apreensão. Medida administrativa de remoção. Liberação condicionada ao pagamento de multas já vencidas e das despesas com remoção e depósito, estas limitadas aos primeiros trinta dias. Art. 262 do CTB. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.
> 1. Liberação do veículo condicionada ao pagamento das multas já vencidas e regularmente notificadas.
> 1.1. Uma das penalidades aplicadas ao condutor que

trafega sem o licenciamento, além da multa, é a apreensão do veículo, cuja liberação está condicionada ao prévio pagamento das multas impostas, taxas e despesas de remoção e estada, nos termos do art. 262 do CTB.
1.2. A autoridade administrativa não pode exigir o pagamento de multas em relação às quais não tenha sido o condutor notificado, pois a exigibilidade pressupõe a regular notificação do interessado, que poderá impugnar a penalidade ou dela recorrer, resguardando, assim, o devido processo legal e a ampla defesa, garantias constitucionalmente asseguradas.
1.3. Se a multa já está vencida, poderá ser exigida como condição para liberar-se o veículo apreendido, quer por ter-se esgotado o prazo de defesa sem manifestação do interessado, quer por já ter sido julgada a impugnação ou o recurso administrativo. Do contrário, estar-se-ia permitindo que voltasse a trafegar sem o licenciamento, cuja expedição depende de que as multas já vencidas sejam quitadas previamente, nos termos do art. 131, § 2º, do CTB.
1.4. Caso a multa ainda não esteja vencida, seja porque o condutor ainda não foi notificado, seja porque a defesa administrativa ainda está em curso, não poderá a autoridade de trânsito condicionar a liberação do veículo ao pagamento da multa, que ainda não é exigível ou está com sua exigibilidade suspensa. Se assim não fosse, haveria frontal violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, com a adoção da vetusta e odiosa fórmula do *solve et repete*.
1.5. No caso, a entidade recorrente condicionou a liberação do veículo ao pagamento de todas as multas, inclusive, da que foi aplicada em virtude da própria infração que ensejou a apreensão do veículo, sem que fosse franqueado à parte o devido processo legal.
1.6. Nesse ponto, portanto, deve ser provido apenas em parte o recurso para reconhecer-se que é possível condicionar a liberação do veículo apenas à quitação das multas regularmente notificadas e já vencidas.
1.7. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.
2. Pagamento das despesas de depósito somente pelos primeiros trinta dias de apreensão.
2.1. A pena de apreensão, nos termos do art. 262 do CTB, impõe o recolhimento do veículo ao depósito 'pelo prazo de até trinta dias, conforme critério a ser estabelecido pelo Contran'. Assim, por tratar-se de penalidade, não pode ser ultrapassado o prazo a que alude o dispositivo.
2.2. Nada obstante, a retenção do veículo como medida administrativa, que não se confunde com a pena de apreensão, deve ser aplicada até que o proprietário regularize a situação do veículo, o que poderá prolongar-se por mais de 30 dias, pois o art. 271 do CTB não estabelece qualquer limitação temporal.
2.3. Assim, não há limites para o tempo de permanência do veículo no depósito. Todavia, o Estado apenas poderá cobrar as taxas de estada até os primeiros trinta dias, sob pena de confisco.
2.4. O proprietário deve proceder à regularização hábil do veículo, sob pena de ser leiloado após o nonagésimo dia, a teor do que determina o art. 5º da Lei 6.575/78.
2.5. Esta Corte assentou entendimento de que as despesas de estada dos veículos em depósito possuem natureza jurídica de taxa, e não de multa sancionatória, pois presentes a compulsoriedade e a prestação de uma atividade estatal específica, consubstanciada na guarda do veículo e no uso do depósito.
2.6. Nesses termos, o prazo de 30 dias previsto no art. 262 do CTB garante ao contribuinte, em atenção ao princípio do não confisco (art. 150, inciso IV, da CF/88), que não poderá ser taxado de modo indefinido e ilimitado, além desse prazo, afastando assim a possibilidade, não remota, de que o valor da taxa ultrapasse o do veículo apreendido.
2.7. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.
3. Recurso especial provido em parte. Acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008. (REsp 1104775/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 24.06.2009, *DJe* de 1º.07.2009.)

Administrativo. Veículo. Ausência de registro e licenciamento. Art. 230, V, do CTB. Penas de multa e apreensão. Medida administrativa de remoção. Liberação condicionada ao pagamento de multas já vencidas e das despesas com remoção e depósito, estas limitadas aos primeiros trinta dias. Art. 262 do CTB. Precedente sob regime do art. 543-C do CPC e Resolução STJ nº 08/2008.
1. No caso concreto, tendo sido o veículo apreendido por trafegar sem o licenciamento anual, o art. 230, V, do CTB comina a penalidade de apreensão do veículo e a medida administrativa de remoção ao depósito. Como não houve ataque à regularidade da notificação das multas, presume-se perfeito e exigível o ato administrativo.
2. Nesse passo, há de ser reformado o acórdão para, em harmonia com a interpretação dada por este Tribunal Superior aos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro, concluir que o veículo pode ficar no depósito, por força da remoção, por mais de trinta dias, até que o proprietário regularize a situação que deu ensejo ao depósito. Todavia, o valor da taxa respectiva não poderá exceder os trinta dias de permanência.
3. Agravo regimental provido. (AgRg no REsp 1155978/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 10.08.2010, *DJe* de 19.08.2010.)

Cumpre observar que o pleito inicial da impetrante não formulou pedido de anulação das multas emitidas pela BHTrans. Assim, a validade das multas não é questionada, não se constituindo em matéria objeto da presente impetração.

Conforme análise da petição inicial, a impetrante baseia a impetração na alegação de que inexistiriam multas, pois as mesmas já teriam sido pagas, parceladas ou estariam prescritas; alega, alternativamente, que seria irregular o condicionamento da liberação do veículo apreendido à regularização das multas, pois existiriam outros meio para cobrá-las. Repita-se: as multas não tiveram a validade de existência questionada neste *mandamus*.

A requerente demonstrou a quitação e o parcelamento do pagamento de apenas parte das multas exigidas. Conforme acervo probatório dos autos (f. 85/87; 210/212; 223), ainda há multas a pagar, cujo pagamento ou alegada prescrição não restaram suficientemente demonstrados na via estreita do mandado de segurança.

Nessa hipótese, com base no entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, entendo que a exigência efetuada pelo órgão estadual de trânsito para a liberação do veículo não violou direito líquido e certo

da impetrante, ausente qualquer ato abusivo por parte da Administração Pública.

Ante tais considerações, em reexame necessário, reformo a sentença, para denegar a segurança.

Custas, *ex lege*.

DES. MOREIRA DINIZ - De acordo.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de reexame necessário da sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que nos autos do mandado de segurança impetrado por I.M.N.S.M.A. em face do ato praticado pelo Diretor do Detran/MG - Departamento de Trânsito de Minas Gerais, concedeu a segurança, determinando a emissão do certificado de registro e licenciamento de veículo, sem o pagamento de quaisquer taxas.

Não houve interposição de recurso voluntário pelas partes.

O em. Desembargador Relator conheceu do reexame necessário, porém reformou a sentença, para denegar a segurança.

Peço vênia ao em. Desembargador Relator, para dissentir de seu posicionamento, pelas seguintes razões:

O mandado de segurança é a ação constitucional que visa a garantir direito líquido e certo, *id est*, contra ato eivado de ilegalidade ou ameaça de lesão a tais direitos, praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Pois bem.

Importante esclarecer que, em casos análogos ao dos autos, vinha adotando o entendimento segundo o qual a BHTrans, criada pela Lei nº 5.953/91 do Município de Belo Horizonte, integra o Sistema Nacional de Trânsito, a ela competindo, dentre as várias funções, executar a fiscalização do trânsito local, autuar, aplicar medidas administrativas, advertências e multas por infrações de circulação, estacionamento e parada, no exercício regular do poder de polícia, bem como notificar e arrecadar multas.

Entretanto, analisando novamente a questão e verificando a evolução jurisprudencial acerca da matéria, principalmente a do colendo Superior Tribunal de Justiça, revi o posicionamento anteriormente adotado, para declarar que não é permitido à BHTrans, por ser uma sociedade de economia mista, a imposição de sanções.

Cito, por oportuno, a ementa da decisão do REsp nº 817.534/MG:

> Administrativo. Poder de polícia. Trânsito. Sanção pecuniária aplicada por sociedade de economia mista. Impossibilidade.
>
> - Antes de adentrar o mérito da controvérsia, convém afastar a preliminar de conhecimento levantada pela parte recorrida. Embora o fundamento da origem tenha sido a lei local, não há dúvidas de que a tese sustentada pelo recorrente em sede de especial (delegação de poder de polícia) é retirada, quando o assunto é trânsito, dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro arrolados pelo recorrente (arts. 21 e 24), na medida em que estes artigos tratam da competência dos órgãos de trânsito. O enfrentamento da tese pela instância ordinária também tem por consequência o cumprimento do requisito do prequestionamento. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista). As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupos, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da carteira nacional de habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação. Recurso especial provido. (REsp nº 817.534/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJ* de 10.11.09.)

Depreende-se, portanto, que, quanto ao requisito da prova inequívoca que convença da verossimilhança das alegações, os documentos acostados aos autos comprovam de modo seguro e convincente que a impetrante foi autuada pela BHTrans.

Desse modo, sabendo que os atos referentes à legislação e à sanção pertencem ao Poder Público, referidas autuações não poderão ser levadas a efeito. A propósito, a decisão do STJ, mesmo com a interposição do recurso extraordinário pelo Ministério Público estadual, não possui efeito suspensivo. Assim abarca todas as autuações que tenham seus efeitos exigidos, mesmo que efetuadas antes da decisão do STJ.

Com tais argumentos, em reexame necessário, confirmo a sentença de primeiro grau.

Súmula - NO REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA, VENCIDO O VOGAL.

...

Imóvel - Contrato de compra e venda - Distrato - Restituição de valor pago - Devolução adstrita a evento futuro e incerto - Abusividade - Ofensa ao CDC - Inadmissibilidade do recurso - Alegação de razões dissociadas da sentença - Inocorrência - Impugnação dos fundamentos desfavoráveis efetivada - Coisa julgada - Ausência de manifestação judicial prévia - Acordo - Reforma pela via judicial - Possibilidade - Falta de interesse de agir - Inocorrência - Necessidade de obtenção da proteção do direito material - Existência

Ementa: Apelação cível. Compra e venda de imóvel. Distrato. Restituição de quantia paga vinculada a evento futuro e incerto. Ofensa ao código de defesa do consumidor.

- No caso dos autos, a cláusula contratual que fixou evento futuro e incerto para que os valores pagos pela apelada fossem restituídos é extremamente abusiva, ferindo o disposto no CDC.

- Em sendo assim, não pode prosperar a previsão do distrato, de restituição dos valores pagos apenas quando o imóvel fosse vendido, visto configurar desvantagem exagerada para a autora.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.08.409958-3/001 - Comarca de Contagem - Apelantes: C.M. Ltda. e outros - Apelada: A.L.F.D. - Relator: DES. TIBÚRCIO MARQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador José Affonso da Costa Côrtes, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2011. - *Tibúrcio Marques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIBÚRCIO MARQUES - Trata-se de apelação interposta à sentença que, nos autos da "ação de rescisão de contrato cumulada com devolução de quantias pagas, perdas e danos e multa", movida por A.L.F.D. em face de C.M. Ltda. e outra, afastou a preliminar de coisa julgada e acolheu a preliminar de falta de interesse de agir da autora, em face do pedido de rescisão contratual, julgando parcialmente os pedidos formulados na inicial, para condenar as rés a restituírem à autora o valor de R$20.000,00, devidamente atualizado pelos índices da Corregedoria de Justiça, acrescido de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação.

Em razão da sucumbência recíproca, condenou as partes ao pagamento de 50% das custas processuais, bem como dos honorários advocatícios, estes fixados no percentual de 15% sobre o valor da condenação, isso para cada uma delas, suspensa a exigibilidade em relação à autora, porque deferida a gratuidade de justiça.

Opostos embargos de declaração às f. 110/112, foram estes rejeitados, conforme decisão de f. 114.

Inconformadas com os termos da sentença, as rés interpuseram recurso de apelação às f. 115/127, arguindo preliminares de coisa julgada e falta de interesse de agir.

No mérito, alegam impossibilidade de arrependimento do distrato firmado entre as partes.

Asseveram que não foi estipulado prazo para a venda do imóvel, "tendo em vista as oscilações e particularidades do mercado imobiliário".

Afirmam que não podem obrigar ninguém a comprar o imóvel, não sendo justo que se fixe um prazo para revenda.

Ao final, requer seja julgado improcedente o pedido de restituição de valores pagos, mantendo na íntegra o acordado entre as partes.

Contrarrazões às f. 130/143, arguindo preliminar de inadmissibilidade do recurso, visto que as razões seriam dissociadas da decisão recorrida.

No mérito, pugna pela manutenção da sentença.

Em síntese, este é o relatório.

I - Da preliminar de inadmissibilidade do recurso.

Em sede de contrarrazões, arguiu a apelada preliminar de inadmissibilidade do recurso, visto que as razões seriam dissociadas da decisão recorrida.

Infundado o inconformismo da parte.

Consoante norma inserta no art. 514, inciso II, do CPC, as razões do apelo são deduzidas a partir do provimento judicial recorrido e devem fustigar os seus fundamentos.

Assim, cabe à parte apelante apresentar os fundamentos de fato e de direito, quanto aos motivos de sua irresignação, capazes de justificar o pedido de nova decisão, o que se verifica na espécie.

A propósito, leciona Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa:

> O apelante deve atacar, especificamente, os fundamentos da sentença que deseja rebater, mesmo que, no decorrer das razões, utilize-se, também, de argumentos já delineados em outras peças anteriores. No entanto, só os já desvendados anteriormente não são por demais suficientes, sendo necessário o ataque específico à sentença. Procedendo desta forma, o que o apelante submete ao julgamento do Tribunal é a própria petição inicial, desvirtuando a competência recursal originária do Tribunal (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. Editora Saraiva, 2005, p. 590).

Com efeito, analisando as razões do recurso de apelação, verifica-se que as recorrentes impugnaram a sentença naquilo que lhes foi desfavorável, pretendendo a reforma.

Logo, se as razões da apelação não são diversas do objeto litigioso, não há que se falar em inadmissibilidade do recurso.

Rejeita-se a preliminar arguida pela apelada.

Conhece-se do recurso, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

II - Da preliminar de coisa julgada.

Sustentam as recorrentes que as partes firmaram instrumento de distrato do contrato de compra e venda do imóvel.

Alegam que as partes promoveram uma transação lícita e válida.

Entendem que uma vez comprovada a transação extintiva das obrigações contratuais, através do distrato, seus efeitos se equiparam a coisa julgada, o que leva à extinção do processo, nos termos do art. 267, V, do CPC.

Infundada a alegação das recorrentes.

Segundo lição de Daniel Amorim Assumpção Neves:

> Em todo processo, independentemente de sua natureza, haverá a prolação de uma sentença, que, em determinado momento, torna-se imutável e indiscutível dentro do processo em que foi proferida. Para tanto, basta que não seja interposto o recurso cabível, ou ainda que todos os recursos cabíveis já tenham sido interpostos e decididos. [...] a partir do momento em que não for mais cabível qualquer recurso ou tendo ocorrido o exaurimento das vias recursais, a sentença transita em julgado.
>
> Esse impedimento de modificação da decisão por qualquer meio processual dentro do processo em que foi proferida é chamado tradicionalmente de coisa julgada formal [...].
>
> [...] No momento do trânsito em julgado e da consequente geração da coisa julgada formal, determinadas sentenças também produziram nesse momento procedimental a coisa julgada material, com projeção para fora do processo, tornando a decisão imutável e indiscutível além dos limites do processo em que foi proferida. Pela coisa julgada material, a decisão não mais poderá ser alterada ou desconsiderada em outros processos (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Editora Método, 2009, p. 458).

Como visto, não houve qualquer manifestação judicial sobre a matéria discutida nos autos.

Logo, o fato de ter sido celebrado um distrato entre as partes, nada impede que a autora busque a via judicial para receber os valores que ainda não lhe foram pagos.

Isso posto, rejeita-se a preliminar de coisa julgada.

III - Da preliminar de ausência de interesse de agir.

Alegam as recorrentes que a autora é carecedora do direito de ação por lhe faltar interesse de agir.

Segundo o conceito sugerido pelo Código Processual Civil, o interesse de agir surge da necessidade de se obter a proteção ao direito material perante o Poder Judiciário, ao fito de evitar um possível prejuízo.

Sobre o assunto leciona José Frederico Marques:

> Existe, portanto, interesse de agir quando, configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto. Há, assim, o interesse de agir sempre que a pretensão ajuizada, por ter fundamento razoável, se apresente viável no plano objetivo. Interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável (*Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, v. I, p. 159).

Conforme ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery

> existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. Editora Revista dos Tribunais, p. 532.)

In casu, o interesse de agir da autora encontra-se presente, já que alega ter celebrado um distrato com as rés, ficando ajustado que receberia a quantia de R$20.000,00. Contudo, passados mais de 7 anos da celebração do negócio, o valor não lhe foi pago.

Dessa forma, o recurso ao Poder Judiciário é útil e necessário para que a autora busque a satisfação de sua pretensão.

Rejeita-se, pois, a preliminar arguida.

IV - Do mérito.

Defendem as recorrentes, em resumo, a impossibilidade de arrependimento do distrato firmado entre as partes.

Realmente, o contrato de compra e venda, e o respectivo distrato, objetos da presente demanda, constituem atos jurídicos bilaterais. Entretanto, a aplicabilidade do princípio contratual do *pacta sunt servanda* vem merecendo ponderações e restrições da doutrina, acompanhada pela jurisprudência dos nossos tribunais, especialmente depois da instituição do Código de Defesa do Consumidor.

Como cediço, a massificação dos contratos, característica dos negócios modernos, acentua de grande maneira o desequilíbrio entre as partes contratantes, tornando injusta a vinculação destes às normas contratuais, normalmente impostas por apenas um.

Ao julgar caso análogo ao dos autos ponderou a ilustre Des.ª Maria Elza:

> Se estivéssemos no século passado, período em que, em tese, as partes dispunham de certo equilíbrio contratual, seria válida a aplicação irrestrita dos princípios da autonomia da vontade do *pacta sunt servanda*, da liberdade contratual e igualdade contratual, todavia, na atual conjuntura, em que prevalecem a desigualdade e o desequilíbrio contratual, a utilização, de maneira indiscriminada e absoluta, daqueles princípios está a merecer ponderações e restrições do julgador.

> No mundo contemporâneo, em que a regra é a contratação de massa, fica difícil querer se utilizar do paradigma contratual clássico, que se baseava na aceitação unânime e absoluta dos princípios da autonomia da vontade, do *pacta sunt servanda*, da igualdade contratual e da liberdade contratual, para solucionar os problemas contratuais modernos, pois sabe-se que, quase sempre, a aplicação daquele paradigma faz com que as decisões judiciais se tornem injustas, inúteis e ineficazes para os consumidores.
> Assim, em que pesem os argumentos da apelante, em favor da força obrigatória dos contratos, sabe-se que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo, com base no art. 6º, inciso V, do Codecon, que, nos casos em que o cumprimento do contrato se apresente excessivamente oneroso para o consumidor, poderá o Judiciário, a pedido da parte, revisar o contrato, inclusive permitindo-se até a sua rescisão (AC 306.853-1, 4ª Câmara Cível do TA/MG, Rel.ª Juíza Maria Elza, j. em 23.08.2000).

A autonomia da vontade, antes compreendida como a irrestrita liberdade de contratar e de escolher o conteúdo das avenças, passou a sofrer interferências do Estado (dirigismo contratual), por meio de normas de ordem pública.

Hodiernamente, sobretudo após a vigência do Código Civil de 2002, a autonomia da vontade não constitui um poder absoluto, sendo limitada pela função social do contrato (art. 421 do CC).

Segundo leciona Nelson Rosenvald:

> O ordenamento jurídico deve submeter a composição do conteúdo do contrato a um controle de merecimento, tendo em vista as finalidades eleitas pelos valores que estruturam a ordem constitucional (ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. 2. ed. Barueri: Manole, p. 409).

A justificativa para a intervenção do Estado nas relações contratuais pauta-se na desprendida função das avenças. Segundo Nelson Rosenvald:

> Atualmente, os contratos são instrumentos por excelência de circulação de riquezas, sendo que as trocas demandam utilidade e justiça, censurando-se, assim, o abuso da liberdade contratual (ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. 2. ed. Barueri: Manole, p. 408).

Por tais motivos, cabe ao Poder Judiciário fiscalizar a observância da função social do contrato.

Logo, mesmo nas relações contratuais não amparadas pelo direito do consumidor, pode o Judiciário rever as normas estabelecidas na avença, como forma de prestigiar a função social do contrato e a boa-fé objetiva em detrimento da autonomia da vontade.

No caso em discussão, as partes se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedor, previstos nos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/90.

É válido registrar que, nos termos do art. 3º, § 1º, do CDC, os bens imóveis são considerados produtos, para fins de declaração da relação de consumo.

Além disso, a apelada, pessoa natural, adquiriu, para fins pessoais, o bem objeto da lide de uma sociedade empresária, que comercializa imóveis com habitualidade, ou seja, está demonstrada a relação de consumo.

Assim, passa-se à análise da controvérsia com fulcro na legislação consumerista.

Extrai-se dos autos que as partes, após firmarem contrato particular de promessa de compra e venda de unidade habitacional para entrega futura (f. 09/22), puseram fim ao negócio, celebrando um termo de distrato na data de 19.09.2003 (f. 07/08).

No referido instrumento ficou estabelecido que as empresas devolveriam à autora a quantia de R$20.000,00 (vinte mil reais), já deduzidas as despesas operacionais das promitentes vendedoras.

Contudo, não foi estabelecido prazo para a devolução da quantia, senão vejamos: "c) Este valor de devolução é fixo e será repassado para a Promitente Compradora, após revenda e recebimento do valor do imóvel" (f. 07).

Observa-se que o distrato fixou como condição para a restituição dos valores pagos pela autora a venda do imóvel.

Referida estipulação, sem sombra de dúvida, deixa a autora em situação de extrema desvantagem, já que vinculada a evento futuro e incerto.

O distrato foi celebrado em 19.03.2003 e, passados mais de 7 (sete) anos, o imóvel ainda não foi vendido nem a autora restituída dos valores desembolsados.

Conforme certificado pelo oficial de justiça, em 22.10.2010 (f. 100), o imóvel encontra-se alugado há mais de dois anos. Logo, as apelantes estão auferindo renda com o bem.

Por certo, as recorrentes nunca terão interesse na venda do imóvel, já que, nos termos em que celebrado, o negócio é extremamente vantajoso para elas.

Contudo, o mesmo não ocorre com a apelada, visto que, além de ter desembolsado a quantia de R$24.527,75, concordou em receber apenas R$20.000,00, sem que fosse estipulado qualquer prazo para a devolução.

O art. 6º, inciso V, do CDC dispõe que são direitos básicos do consumidor

> a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Já o art. 51 do mesmo diploma legal previu que são nulas de pleno direito, entre outras,

> as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

No caso dos autos, a cláusula contratual que fixou evento futuro e incerto para que os valores pagos pela apelada fossem restituídos é extremamente abusiva, ferindo o disposto no CDC.

Em sendo assim, não pode prosperar, como bem decidiu o Magistrado singular, a previsão do distrato, de restituição dos valores pagos apenas quando o imóvel fosse vendido, visto configurar desvantagem exagerada para a autora.

V - Dispositivo.

Mediante tais considerações, rejeito as preliminares e, no mérito, nego provimento ao recurso, mantendo inalteradas as disposições da respeitável sentença.

Custas recursais, pelas apelantes.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TIAGO PINTO e ANTÔNIO BISPO.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

...

Ação de extinção de condomínio - Natureza real - Outorga uxória - Obrigatoriedade - Prova da propriedade - Necessidade

Ementa: Apelação cível. Extinção de condomínio. Ação de natureza real. Outorga uxória. Prova da propriedade. Necessidade.

- Tendo em vista que a ação de extinção de condomínio possui natureza real, a outorga uxória e a comprovação da propriedade do imóvel cujo condomínio se pretende extinguir são requisitos indispensáveis para a propositura da presente ação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.565965-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelados: S.M.C.A., E.C., D.C., E.C., M.C.A.J., B.S.A. - Apelante: D.C. - Relator: DES. WAGNER WILSON FERREIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, EM CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2011. - *Wagner Wilson Ferreira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WAGNER WILSON FERREIRA - Recurso de apelação interposto por D.C. contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 22ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedente o pedido inicial da presente ação de extinção de condomínio, determinando a realização de hasta pública.

Antes de adentrar ao mérito do recurso, sustentou o apelante as preliminares de (i) cerceamento de defesa; (ii) inépcia da inicial por ausência de documentos indispensáveis; (iii) ausência de outorga uxória.

No mérito, defendeu que o provimento da presente demanda com a consequente venda dos imóveis em questão por meio de hasta pública acarretará prejuízos para todos os condôminos.

Pediu provimento ao recurso com a reforma da sentença impugnada.

Não há contrarrazões.

É o relatório. Decido.

1. Das preliminares

1.1. Da preliminar de necessidade de outorga uxória.

Sustentou o apelante que o presente processo deve ser extinto sem resolução do mérito em decorrência da ausência de outorga uxória, requisito indispensável previsto no art. 1.647, I, do Código Civil.

A ação de extinção de condômino possui natureza real, uma vez que versa sobre bens imóveis em que várias pessoas possuem um quinhão da propriedade, razão pela qual deve ser observado o art. 1.647, I, do Código Civil que dispõe:

> Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:
> I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

Percebe-se da inicial que os autores D.C. e S.M.C.A. são casados e não juntaram aos autos a outorga uxória de seus respectivos cônjuges, fato este que caracteriza nulidade do processo.

Essa nulidade apontada acarreta a extinção do feito a teor do disposto no art. 267, inciso IV, do CPC, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, conforme ensinamento da melhor doutrina processualista:

> O indeferimento da petição inicial somente ocorre no início do processo: só há indeferimento liminar antes da ouvida do réu. Após a citação, o juiz não mais poderá indeferir a petição inicial, de resto já admitida, devendo, se vier a acolher alguma alegação do réu, extinguir o feito por outro motivo. A inépcia, por exemplo, pode ser reconhecida a qualquer tempo, mesmo após a contestação, mas não implicará o indeferimento da petição, e, sim, extinção do processo sem análise do mérito (art. 267, inciso IV, CPC) (DIDIER JÚNIOR, Fredie. In *Curso de direito processual civil* - Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. ed. Salvador: Editora Podivm, 2007).

Vale ressaltar também que a comprovação da propriedade dos imóveis cujo condomínio se pretende extinguir é requisito indispensável para a propositura da ação

de extinção de condomínio, conforme já decidiu este Tribunal. Vejamos:

> Apelação. Extinção de condomínio. Alienação judicial. Ausência de prova do domínio. Recurso conhecido e não provido. I) O registro imobiliário apto a demonstrar a copropriedade sobre o bem imóvel é requisito necessário à propositura da ação de extinção de condomínio. II) A alienação judicial de bem sobre o qual não se fez prova de propriedade poderia implicar a criação de situação inusitada, em que o arrematante não conseguiria obter o título dominial. III) Recurso conhecido e não provido (TJMG. Processo nº 1.0672.06.204045-2/001. Relator: Bitencourt Marcondes. Data da publicação: 09.10.2007. Extraído do sítio www.tjmg.gov.br).

> Ação de extinção de condomínio. Alienação judicial de imóvel. Legitimidade. Registro de imóveis. Requisito essencial. Ônus do autor. Tem legitimidade para pleitear a extinção de condomínio e consequente alienação judicial o coproprietário do bem. Compete ao autor apresentar registro atual do imóvel, com as alterações na matrícula que lhe confere a propriedade do bem, sob pena de indeferimento da petição inicial (TJMG, Apelação Cível nº 1.0518.05.089308-1/001, 18ª Câmara Cível, Des. Rel. Fábio Maia Viani, *DJ* de 29.01.2008).

> Extinção de condomínio. Demarcação e divisão de terras. Posse reconhecida judicialmente. Ausência de comprovação do domínio. Falta de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo. Impossibilidade de homologação de acordo. Extinção do feito sem julgamento do mérito.. Nosso ordenamento jurídico reconhece o condomínio como o exercício simultâneo da propriedade por mais de um sujeito. Dispõe o art. 946, I, do Código de Processo Civil, que cabe ao proprietário a ação de demarcação e divisão para obrigar o confinante a estremar os respectivos prédios e, no art. 967 do mesmo diploma legal, que a petição inicial da ação de divisão deverá ser instruída com os títulos de domínio do proponente. - Tanto a ação que visa a extinção de condomínio, como a que busca a demarcação e divisão de terras, têm como pressuposto a propriedade sobre o imóvel. - Considerando que as partes apenas tiveram reconhecido o direito de posse sobre o imóvel, e não o domínio, não há como prosseguir a ação que visa à extinção de condomínio, demarcação e sua divisão, por ausência de pressuposto de constituição de desenvolvimento regular do processo (TJMG, Apelação Cível nº 1.0216.05.029999-1/001, 16ª Câmara Cível, Des. Rel. Nicolau Masselli, *DJ* de 14.01.2009).

Ora, no direito brasileiro, a propriedade imóvel se adquire, usualmente, com a transcrição do título no Registro de Imóveis - art. 1.245 do Código Civil -, de forma que, não havendo registro, não há como se aferir a existência de copropriedade.

A MM. Juíza condicionou a execução da sentença ao suprimento dessa nulidade, o que não se admite. Assim, tendo em vista que a sentença da presente ação será cassada em razão da ausência de outorga uxória, seria incoerente, neste momento e nesta instância, determinar a juntada aos autos do registro do imóvel em questão.

Isso porque, vale ressaltar, o formal de partilha acostado aos autos, que foi realizado há mais de 15 anos, não serve como prova do domínio, pois não se trata de instrumento hábil para transferir a propriedade, já que se pretende a venda judicial do imóvel objeto da ação.

Conclusão.

Feitas essas considerações, casso a sentença de f. 149/151 e determino a juntada aos autos do registro atualizado do imóvel, bem como a outorga uxória dos cônjuges dos condôminos casados, antes que a MM. Juíza *a quo* profira nova decisão.

Ônus sucumbenciais pelos apelados. É como voto.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Observo que o formal de partilha (f. 30/33) qualifica os herdeiros, entre eles:

> S.M.C., brasileira, casada com V.L.S.A. (a qual, conforme a inicial, passou a assinar S.M.C.A., conforme a identidade de f. 28).
> D.C., brasileiro, casado com M.A.S.C. (o qual, conforme f. 19 e verso, traz sua identidade e a de sua mulher, M.A.S.C.).

Cediço, até por elementar, que exigíveis a autorização marital e a outorga uxória, para demandar - pessoa casada (e irrelevante o regime de bens) - acerca de bens imóveis (art. 10, CPC).

Por outro lado, ao contrário do admitido pelo Juiz de primeiro grau, não se corrige, em liquidação, vício do processo de conhecimento.

Tem razão, outrossim, o Relator, quanto à diligência de juntada do registro. É que o formal de partilha é meramente declaratório.

Acompanho integralmente o Relator.

DES. FRANCISCO BATISTA DE ABREU - De acordo com o Relator.

Súmula - CASSARAM A SENTENÇA.

...

Ação declaratória de insolvência - Art. 750, I, do CPC - Inteligência - Presunção de insolvência - Alegação de existência de bem livre e desembaraçado não demonstrada - Consequências - Assistência litisconsorcial - Cabimento - Nulidade processual - Litisconsórcio passivo necessário - Inexistência - Cerceamento de defesa - Rejeição de depoimento pessoal - Princípio da persuasão racional - Aplicação - Rejeição de provas inúteis e desnecessárias

Ementa: Apelação cível. Ação declaratória de insolvência civil. Litisconsórcio passivo necessário. Inexistência. Preliminar de cerceamento de defesa. Rejeição. Inteligência do art. 750, I, do CPC. Presunção de insolvência. Existência de bem livre e desembaraçado, apto ao pagamento dos títulos, não demonstrada. Recurso desprovido.

- Na hipótese dos autos, não se encontra caracterizada qualquer das hipóteses do art. 47 do Diploma Adjetivo Civil, não havendo que se falar na ocorrência de litisconsórcio passivo necessário. Sendo pessoal a natureza da ação declaratória de insolvência civil, para a eficácia do eventual decreto de procedência do pedido, não se mostra necessária a intervenção do seu cônjuge no polo passivo da demanda.

- Note-se que a declaração de insolvência visa apenas ao vencimento antecipado das dívidas do devedor, assim como a arrecadação de seus bens e a instauração de execução universal. É de se destacar que apenas o patrimônio do devedor é que irá se sujeitar aos efeitos da sentença que declarar sua insolvência, sendo preservados os bens pessoais e reservados os do cônjuge, e a sua meação, se não houver reversão útil ao patrimônio do casal. Não há nos autos qualquer elemento hábil a comprovar que o valor dos bens do requerido supera o valor representado pelos títulos que instruem a peça inaugural. Convém salientar, contudo, que, tratando-se de insolvência presumida, fundada no art. 750, I, do CPC, tal comprovação não possui qualquer relevância para o desate da controvérsia. É que, conforme mencionado alhures, nos termos do referido dispositivo legal, para a declaração de insolvência, basta a comprovação de que o devedor não possui bens "livres e desembaraçados para nomear à penhora".

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0453.05.004988-2/001 - Comarca de Novo Cruzeiro - Apelante: J.I.S. - Apelados: F.L.S. e outro - 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, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Mariné da Cunha, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DEFERIR A ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL, REJEITAR AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de abril de 2011. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Cuida-se de ação declaratória de insolvência civil, ajuizada por F.L.S., A.A.S., S.H.O.U., M.P.L., G.C.S., C.G.N. e R.O.A. em face de J.I.S.

Relataram que são credores do requerido em importância superior à sua capacidade de pagamento. Ponderaram que os referidos créditos estão representados por títulos de créditos e sentenças judiciais.

Consignaram, ainda, que o único bem pertencente ao réu consiste no imóvel rural denominado "Bom Jesus", localizado no Município de Novo Cruzeiro, que se encontra hipotecado ao Banco HSBC Bamerindus S.A.

Pugnaram pela improcedência do pedido, com o consequente decreto de insolvência do requerido.

Juntaram os documentos de f. 03/20.

Devidamente citado, o requerido apresentou defesa, arguindo preliminar de incompetência do Juízo primevo para o julgamento da presente demanda. No mérito, consignou não ser devedor dos títulos que instruem a peça inicial. Consignou que o crédito apresentado pelos requerentes decorre da prática de juros extorsivos e diversos outros encargos ilegais. Ponderou, assim, serem nulos os negócios jurídicos que deram origem à emissão dos referidos títulos. Argumentou, por outro lado, que possui ativo bastante superior aos valores cobrados pelos requerentes. Pediu a improcedência da demanda.

Em decisão de f. 110, foi acolhida a preliminar de incompetência do Juízo da Comarca de Teófilo Otoni, sendo declinada a competência para o Juízo da Comarca de Novo Cruzeiro.

Prolatada sentença, o Magistrado de primeira instância julgou procedente o pedido inicial, declarando a insolvência do requerido. Determinou a expedição de edital para a convocação de seus credores, nos termos do art. 761, II, do CPC.

Irresignado, o réu interpôs apelação, na qual suscitou preliminar de cerceamento de defesa e nulidade do feito, por inobservância de litisconsórcio passivo necessário. No mérito, defendeu que seu ativo é superior ao passivo. Ponderou que a fazenda da qual é proprietário possui valor de mercado de aproximadamente R$ 2.500.000,00. Pediu o provimento do recurso.

Os requerentes apresentaram contrarrazões, batendo-se pela manutenção da sentença hostilizada.

Às f. 219/229, a Sr.ª I.P.S., esposa do requerido, pugnou pelo seu ingresso na lide, na condição de assistente litisconsorcial. Ponderou ser nulo o processo, devendo ela figurar no polo passivo da demanda.

Consoante certidão de f. 243, os requerentes não se manifestaram sobre o pedido de assistência litisconsorcial.

Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos legais de sua admissibilidade.

1 - Da assistência litisconsorcial.

Inicialmente, é preciso considerar que a assistência litisconsorcial é faculdade conferida a terceiro, para intervir espontaneamente no processo, desde que tenha interesse jurídico de que a sentença seja favorável a um dos litigantes, sendo ela admitida em qualquer procedimento cognitivo e em todos os graus de jurisdição. É o que prevê o Código de Processo Civil:

> Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.
> Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra.

Elucida Celso Agrícola Barbi (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, p. 290-291) que, modernamente, distinguem-se dois tipos de assistência:

> a) simples ou adesiva, que se verifica quando não está em litígio um direito do terceiro, mas ele tem interesse na vitória do assistido, porque ela pode beneficiar outro direito do assistente que não está em discussão na causa [...]; b) qualificada ou litisconsorcial, quando a intervenção do terceiro se justifica, porque o direito em litígio é do assistido, mas também do assistente, o qual teria legitimação para discuti-lo sozinho ou em litisconsórcio com outros co-titulares dele.

A figura do assistente litisconsorcial está disciplinada no art. 54 do Código de Processo Civil, *verbis*:

> Art. 54. Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.
> Parágrafo único. Aplica-se ao assistente litisconsorcial, quanto ao pedido de intervenção, sua impugnação e julgamento do incidente, o disposto no art. 51.

Comentando o dispositivo em foco, Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouveia trazem o seguinte entendimento jurisprudencial:

> Na assistência litisconsorcial, também denominada qualificada, é imprescindível que o direito em litígio, sendo também do assistente, confira a este legitimidade para discuti-lo individualmente ou em litisconsórcio com o assistido. Insatisfeito esse requisito, não há como deferir-se o pedido de admissão no feito dos requerentes (*RSTJ* 145/223) (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 199).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery anotam:

> A norma regula a assistência litisconsorcial ou qualificada. Assemelha-se, de forma prática, a uma espécie de litisconsórcio facultativo ulterior. Pode ser assistente litisconsorcial todo aquele que, desde o início do processo, poderia ter sido litisconsorte facultativo-unitário da parte assistida (*Código de Processo Civil e legislação extravagante*. 9. ed., 2006, p. 235).

Valho-me, mais uma vez, do conceito e casos de assistência litisconsorcial dados por Celso Agrícola Barbi:

> 337. Conceito e casos de assistência litisconsorcial - Essa modalidade de assistência ocorre em dois casos: a) quando o direito em litígio pertence também ao assistente, de modo que ele teria legitimação para agir sozinho na discussão dele. Como exemplo, temos o condômino, que ingressa na ação proposta por outro condômino para reivindicar a coisa comum. O assistente, nos termos do art. 623, II, do Cód. Civil, poderia ter proposto a ação sozinho; b) quando o direito em litígio pertence ao assistente, mas está sendo discutido por um substituto processual, como se dá no caso de ser alienado bem objeto da causa, no curso da demanda, mas o alienante continuar como parte no processo, na forma do art. 42 e seu § 2º (ob. cit., p. 293).

No caso em análise, não vejo como afastar o interesse direto e imediato da Sr.ª I.P.S. no desfecho da lide principal. Sendo ela cônjuge do requerido, a toda evidência, o decreto de procedência da presente ação declaratória de insolvência civil poderá atingir seus interesses.

É importante enfatizar que, nos termos do art. 751, II, do Diploma Adjetivo Civil, a declaração de insolvência irá ter como efeito "a arrecadação de todos os seus bens suscetíveis de penhora". Assim, ainda que os bens da assistente, cônjuge do réu, possam ser preservados, não há como afastar a conclusão de que o patrimônio da entidade familiar está sendo ameaçado na hipótese da dívida não ter se revertido em proveito do patrimônio comum.

Demais disso, cumpre salientar que o pedido de assistência formulado nos autos não foi impugnado pelos requerentes, consoante certidão de f. 243, sendo aplicável, na espécie, a primeira parte do preceito constante do art. 51 do CPC, *in verbis*:

> Art. 51. Não havendo impugnação dentro de 5 (cinco) dias, o pedido do assistente será deferido. Se qualquer das partes alegar, no entanto, que falece ao assistente interesse jurídico para intervir a bem do assistido, o juiz:
> I - determinará, sem suspensão do processo, o desentranhamento da petição e da impugnação, a fim de serem autuadas em apenso;
> II - autorizará a produção de provas;
> III - decidirá, dentro de 5 (cinco) dias, o incidente.

Cumpre destacar, ainda, que o pedido relativo à declaração de nulidade do feito, por inobservância de litisconsórcio passivo necessário, será apreciado em conjunto com a apelação interposta pelo requerido, por coincidirem os pontos controversos.

Com tais razões de decidir, acolho o pedido formulado por I.P.S., admitindo sua intervenção como assistente litisconsorcial do apelante J.I.S.

2 - Preliminares.

2.1 - Nulidade do processo.

Sustenta o apelante ser nulo o feito de origem, em razão da existência de litisconsórcio passivo necessário, não observado. Pondera que, por ser casado, revela-se imprescindível a inclusão de seu cônjuge no polo passivo da presente ação declaratória de insolvência civil.

Nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil,

> Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.
> Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

A respeito do aludido instituto, mister se faz destacar a doutrina de Alexandre de Freitas Câmara:

> O litisconsórcio é necessário por um de dois fundamentos: por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica. Na primeira hipótese, apenas a lei torna essencial a presença de todos os litisconsortes no processo. Não fora a norma expressa nesse sentido e, normalmente, não se formaria o litisconsórcio [...].
> O outro fundamento da necessariedade do litisconsórcio é a natureza da relação jurídica deduzida no processo (*res in iudicium deducta*). Como já foi afirmado anteriormente, toda vez que se ajuíza uma demanda, o autor afirma a existência de uma relação jurídica, a que se costuma designar *res in iudicium deducta*. Pode ocorrer que essa relação jurídica tenha uma natureza tal que imponha a presença de todos os seus sujeitos no processo, sob pena de ineficácia da sentença de mérito (*Lições de direito processual civil*. 16. ed., Lumen Juris, v. 1, p. 172-173).

Sobre o tema, o mestre Humberto Theodoro Júnior, em sua obra *Curso de direito processual civil*, 41. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 104, declina:

> Somente ao litisconsórcio passivo é que se aplica a segunda parte do art. 47 (necessidade de decisão uniforme para todas as partes), tanto que o dispositivo legal conclui com a afirmação de que, em tal hipótese, 'a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo'. Assim, podemos concluir que o litisconsórcio necessário, ativo ou passivo, é aquele sem cuja observância não será eficaz a sentença, seja por exigência da própria lei, seja pela natureza jurídica litigiosa. Ocorrerá, em síntese, nas seguintes hipóteses: a) quando a lei determinar expressamente, podendo ser ativo ou passivo (exemplo: marido e mulher, nos casos do art. 10); b) quando, frente a vários interessados, pela natureza da relação jurídica, a lide tiver de ser decidida de modo uniforme para todas as partes, caso que só ocorre com o litisconsórcio passivo (exemplo: ação de anulação promovida pelo prejudicado contra os contraentes de negócio jurídico fraudulento ou simulado). O que, de fato, torna necessário o litisconsórcio é a forçosa incidência da sentença sobre a esfera jurídica de várias pessoas. Sem que todas elas estejam presentes no processo, não será possível emitir um julgado oponível a todos os envolvidos na relação jurídica material litigiosa e, conseqüentemente, não se logrará uma solução eficaz do litígio.

Essa obrigatoriedade do litisconsórcio em situações em que o objeto da lide é indivisível e envolve direitos de terceiros decorre dos limites subjetivos da coisa julgada.

Sobre a questão, oportunos os ensinamentos dos doutrinadores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Influência na esfera jurídica. Há litisconsórcio necessário quando a decisão da causa puder afetar diretamente a esfera jurídica do terceiro, caso em que deverá ser necessariamente citado, se a lei expressamente não estabelecer a facultatividade litisconsorcial (STF - *RT* 594/248) (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 10. ed.).

Na hipótese dos autos, malgrado o entendimento contrário do requerido e da assistente litisconsorcial, tenho que não se encontra caracterizada qualquer das hipóteses do art. 47 do Diploma Adjetivo Civil, não havendo que se falar na ocorrência de litisconsórcio passivo necessário.

Sendo pessoal a natureza da ação de declaração de insolvência civil, para a eficácia do eventual decreto de procedência da demanda não se mostra necessária a intervenção do seu cônjuge no polo passivo da demanda. Note-se que a declaração de insolvência visa apenas ao vencimento antecipado das dívidas do devedor, assim como à arrecadação de seus bens e à instauração de execução universal.

É de se destacar que apenas o patrimônio do devedor é que irá se sujeitar aos efeitos da sentença que declarar sua insolvência, sendo preservados os bens do cônjuge, e a sua meação, se não houver reversão útil ao patrimônio do casal.

Assim, em que pese a Sr.ª I.P.S. possuir interesse jurídico para fins de intervenção no feito, na condição de assistente litisconsorcial, tenho que não há a configuração de efetivo litisconsórcio passivo necessário.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade do processo.

2.2 - Cerceamento de defesa.

Alega o apelante ter sido cerceado em seu direito de defesa, ao argumento de que seria necessária a produção de prova oral, com o depoimento pessoal dos autores.

Razão não lhe assiste.

A nosso aviso, o depoimento pessoal dos requerentes não se mostra necessário para o deslinde da controvérsia, sendo os documentos apresentados pelas partes suficientes para a instrução do feito.

Em sua peça de defesa, o requerido restringe-se a defender que não possui patrimônio suficiente para o

pagamento do crédito existente em favor dos requerentes, bem como a nulidade de títulos que instruem a inicial, em razão da incidência de encargos abusivos. Nessa linha, sendo certo que o depoimento pessoal dos autores, por si só, não se mostra hábil a comprovar tais fatos, impõe-se a rejeição da preliminar de cerceamento de defesa.

Cumpre observar que os tribunais brasileiros, inclusive este e o STJ, são unânimes em afirmar que o julgador pode e deve indeferir o pedido de produção de prova inútil ou desnecessária, frente aos fatos alegados pelas partes e aos demais elementos probatórios já existentes nos autos:

> Processual civil e tributário. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Prova pericial. Desnecessidade. Princípio da persuasão racional. Art. 131 do CPC. Sociedade civil uniprofissional. Finalidade empresarial. Súmula 7/STJ. Honorários advocatícios.
> 1. Não implica cerceamento de defesa, quando julgada antecipadamente a lide.
> 2. O princípio da persuasão racional insculpido no art. 131 do Código de Processo Civil faculta ao magistrado utilizar-se de seu convencimento, à luz dos elementos fáticos e probatórios, jurisprudência, circunstâncias e legislação que entenda aplicável ao caso concreto, rechaçando diligências que se mostrem desnecessárias ou protelatórias [...] (STJ - REsp 802437/MS - Recurso Especial 2005/0202919-7 - Relator: Ministro Castro Meira - Órgão Julgador: 2ª Turma - 14.03.2006 - Data da publicação/Fonte: *DJ* de 23.03.2006, p. 161).

> Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Denunciação da lide. Súmulas nºs 05 e 182 desta Corte.
> 1. Não houve o indeferimento injustificável de prova essencial ao deslinde da controvérsia, o que afasta a alegação de cerceamento de defesa, cabendo ao julgador aferir a necessidade, ou não, da realização de provas a fim de firmar o seu convencimento [...] (STJ - Agr. Reg. no Agr. de Instr. nº 225.918/SP - Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Data do julgamento: 25.10.99 - Data da publicação/Fonte: *DJU* de 17.12.99, p. 361).

> Ação de cobrança. Cerceamento de defesa. Inexistência. Ônus da prova. Fatos impeditivos. Não comprovação. - Não configura cerceamento de defesa a recusa justificada do magistrado na produção de desnecessária prova testemunhal [...] (TAMG - 6ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 338.526-6 - Relator: Juiz Belizário de Lacerda - Data de julgamento: 13.8.2001).

Tal posicionamento se justifica pelo fato de que o juiz é o verdadeiro destinatário da prova, a qual visa a formar-lhe o convencimento, pelo que a ele cabe avaliar a necessidade de produção de cada um dos meios probatórios indicados pelas partes, indeferindo aqueles que forem desnecessários, sob pena de se atentar contra o princípio da economia processual:

> Agravo de instrumento. Ação ordinária. Repetição de indébito. Contas telefônicas. Abusividade. Produção de provas. Indeferimento. Depoimento pessoal. Inteligência do art. 130 do Código de Processo Civil. Deferimento. Perícia. Não ocorrência. Prejuízo ao agravado. Economia processual. - O destinatário da prova é o juiz, cabendo a ele determinar aquelas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, nos termos art. 130 do Código de Processo Civil [...] (TJMG - 14ª Câmara Cível - Agravo nº 1.0145.05.226588-4/001 - Relator: Des. Valdez Leite Machado - Data do julgamento: 18.5.2006).

> Agravo de instrumento. Prova pericial e depoimento pessoal. Indeferimento. Cerceamento de defesa. Inocorrência. - A produção de provas é destinada ao juiz, de modo que a ele incumbe, de acordo com o art. 130 do CPC, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias [...] (TJMG - 10ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento nº 1.0145.05.247888-3/001 - Relator: Des. Roberto Borges de Oliveira - Data do julgamento: 21.02.2006).

Assim, não vejo motivo que justifique o acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa, porquanto isso somente iria retardar o andamento do feito, sem efetivo benefício para qualquer das partes, contrariando os princípios da economia processual, da celeridade e do máximo aproveitamento dos atos processuais.

Em face do exposto, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa.

3 - Mérito.

O ordenamento jurídico pátrio reconhece dois tipos de insolvência civil: a real e a presumida. A primeira encontra previsão no art. 748 do Código de Processo Civil e ocorre "toda vez que as dívidas excederem a importância dos bens do devedor".

Já a insolvência presumida é disciplinada pelo art. 750 do mesmo diploma, *verbis*:

> Art. 750. Presume-se a insolvência quando:
> I - o devedor não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear à penhora;
> II - forem arrestados bens do devedor, com fundamento no art. 813, I, II e III.

In casu, a partir da leitura da peça inaugural, é possível observar que a execução coletiva foi requerida pelos credores com base na hipótese prevista no inciso I supra, em face da ausência de nomeação de bens livres e desembaraçados à penhora pelo devedor e diante da impossibilidade de localizar bens passíveis de constrição judicial.

Como cediço, o processo de insolvência abrange duas fases distintas, quais sejam a de conhecimento e a executiva, sendo desnecessário discutir, na primeira, se os bens do devedor inexistem ou se mostram insuficientes para pagar o montante pleiteado pelo credor, uma vez que tais questões hão de influir, tão somente, na continuidade ou não da fase executiva, servindo a fase cog-

nitiva apenas para a declaração judicial do excesso de dívidas em relação aos bens do requerido.

Sobre o tema, preleciona o mestre Humberto Theodoro Júnior:

> Não se pode, portanto, falar em ausência de interesse das partes, pelo simples fato da ausência de bens penhoráveis. Da declaração de insolvência decorrem consequências importantes como a eliminação de preferência por gradação de penhoras, enquanto durar o estado declarado, o vencimento antecipado de todas as dívidas; e, ainda, o afastamento do devedor da gestão patrimonial, dos bens presentes e futuros [...]; e a mais importante de todas, que é a extinção das dívidas do insolvente.

Mais adiante, enfatiza:

> Só isto já é mais que suficiente para demonstrar que o processo de insolvência civil, em sua primeira fase, não pode ser obstado pela simples inexistência de bens penhoráveis (*Curso de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 314).

Por outro lado, malgrado o entendimento contrário do requerido, deve-se destacar que não há nos autos qualquer elemento hábil a comprovar que o valor de seus bens supera o valor representado pelos títulos que instruem a peça vestibular, assim como as quantias objeto das ações de execução indicadas às f. 18/19.

Convém salientar, contudo, que, tratando-se de insolvência presumida, fundada no art. 750, I, do CPC, tal comprovação não possui qualquer relevância para o desate da controvérsia. É que, conforme mencionado alhures, nos termos do referido dispositivo legal, para a declaração de insolvência, basta a comprovação de que o devedor não possui bens "livres e desembaraçados para nomear à penhora".

Vale acrescentar que, ainda que os requerentes buscassem a insolvência real do requerido, caberia a ele o ônus de comprovar a sua capacidade de pagamento. Com propriedade, o já citado professor Humberto Theodoro Júnior assevera:

> Exigir do credor a prova de que o devedor não possui outros bens além dos penhorados, ou mesmo de que não possui bens suficientes para cobrir todos os seus compromissos, na verdade, equivale a impor-lhe o ônus da prova negativa, sacrifício que tem sido exprobrado desde o antigo direito romano (*Curso de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 46).

Por outro lado, é importante consignar que os autores cuidaram de instruir o presente feito com o auto de nomeação de bens de f. 04 e o auto de penhora de f. 06, demonstrando ser o imóvel rural indicado na inicial o único bem de propriedade do requerido. Não se pode perder de vista que tal fato não foi impugnado pelo apelante, seja em sua peça de defesa, seja nas razões recursais.

Demais disso, a certidão de f. 05, é clara em demonstrar que o referido imóvel não se encontra livre e desembaraçado, incidindo sobre ele hipoteca e diversas penhoras.

Registre-se, por oportuno, que o laudo de f. 97/99 não é hábil a comprovar o valor do imóvel de propriedade do requerido, por constituir documento unilateral, que não foi produzido sob o crivo do contraditório.

Assim, não tendo o requerido demonstrado a existência de bens livres e desembaraçados, capazes de saldar o valor das dívidas representadas pelos títulos de f. 28/39, impõe-se a manutenção da sentença hostilizada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO BERNARDES e LUCIANO PINTO.

Súmula - DEFERIRAM A ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação ordinária de cobrança - Cooperativa - Rateio dos prejuízos entre cooperados - Fruição dos serviços demonstrada - Possibilidade - Pagamento devido - Liquidação de sentença - Voto vencido parcialmente

Ementa: Apelação cível. Ação ordinária de cobrança. Cooperativa. Rateio dos prejuízos entre os cooperados. Fruição dos serviços demonstrada. Possibilidade. Pagamento devido.

- A relação dos cooperados com a cooperativa rege-se pela legislação cooperativista, incumbindo ao autor provar as alegações feitas, a teor do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

- Comprovada a condição de cooperados, assim como a fruição dos serviços, cabível o rateio dos prejuízos sofridos pela cooperativa, observando-se o que foi aprovado pela assembleia geral, nos termos do art. 89 da Lei 5.764, de 16.12.71.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0382.10.007474-1/001 - Comarca de Lavras - Apelante: C.E.C.M.S.U. Ltda. - Apelado: S.F.A. - Relator: DES. LUCIANO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a

Presidência do Desembargador Eduardo Mariné da Cunha, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DA REVISORA, VENCIDO, PARCIALMENTE, O RELATOR, NO TOCANTE À LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. QUANTO À SUCUMBÊNCIA, O RELATOR ADERIU AO VOTO DA REVISORA, REPOSICIONANDO-SE.

Belo Horizonte, 5 de maio de 2011. - *Luciano Pinto* - Relator, vencido parcialmente.

Notas taquigráficas

DES. LUCIANO PINTO - C.E.C.M.S.U. Ltda., em liquidação, ajuizou ação de cobrança em face de S.F.A., narrando que o requerido foi seu cooperado, de forma que, por isso, nos termos da Lei 5.764/71, está obrigado a ratear os prejuízos havidos em razão de sua liquidação, conforme foi aprovado em assembleia geral.

Assinalou que, diante disso, o requerido estava a lhe dever a importância de R$ 1.539,96.

Com isso, pediu a procedência de seu pedido para que o requerido fosse condenado a lhe pagar essa quantia.

Citado, o réu não apresentou defesa (f. 169), requerendo a autora a aplicação da revelia e o julgamento antecipado do feito (f. 170/171).

Sobreveio, de pronto, sentença, que julgou improcedente o pedido inicial, condenando a autora ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais, fixados em 15% sobre o valor da causa, suspensa a exigibilidade, nos termos da Lei 1.060/50.

Daí o presente recurso (f. 183/193), insurgindo-se a apelante contra a sentença, requerendo sua reforma, aduzindo que o cooperado, em razão da lei especial (5.764/71 - arts. 80 e 89), bem como das deliberações aprovadas em assembleia geral, tem a obrigação de arcar com o rateio proporcional dos prejuízos, devendo a demanda, no presente caso, em que ocorreu a revelia, ser julgada procedente, invertendo-se os ônus de sucumbência.

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Vejo que assiste razão à apelante, pelo que passo a aduzir.

O cerne da questão gira em torno da possibilidade de rateio dos prejuízos da cooperativa de crédito, ora apelante, entre os seus cooperados, na proporção dos serviços por eles utilizados, na forma da lei, do estatuto e das deliberações realizadas em assembleia geral.

Segundo a autora, ora apelante, o réu figurou como cooperado, utilizando seus serviços nos anos de 1997/2002 (f. 04), estando, a seu aviso, pois, obrigado ao rateio dos prejuízos, em razão de sua liquidação, que lhe atribui o valor de R$ 1.539,96.

É cediço que a revelia não induz necessariamente à procedência do pedido, tendo, entretanto, neste sítio, comprovado a autora, ora apelante, nos termos do art. 333, I, do CPC, a condição de cooperado do apelado, como se vê à f. 63, e os serviços por ele utilizados, como se vê às f. 73/162.

Infere-se do contexto dos autos que a autora, ora apelante, experimentou os prejuízos, tendo sido sua liquidação ordinária aprovada na assembleia geral extraordinária de 29.04.05 (f. 04).

É cediço, por força da Lei nº 5.764/71, art. 89, na espécie ratificado pelo estatuto da demandante, que os prejuízos verificados no decorrer do exercício pela cooperativa serão cobertos com recursos provenientes do fundo de reserva e, caso insuficientes, mediante rateio entre os associados, na razão direta dos serviços usufruídos, ressalvada a opção prevista no parágrafo único do art. 80, em que se lê:

> Art. 80. As despesas da sociedade serão cobertas pelos associados mediante rateio na proporção direta da fruição de serviços.
> Parágrafo único. A Cooperativa poderá, para melhor atender à equanimidade de cobertura das despesas da sociedade, estabelecer:
> I - rateio, em partes iguais, das despesas gerais da sociedade entre todos os associados, quer tenham ou não, no ano, usufruído dos serviços por ela prestados, conforme definidas no estatuto;
> II - rateio, em razão diretamente proporcional, entre os associados que tenham usufruído dos serviços durante o ano, das sobras líquidas ou dos prejuízos verificados no balanço do exercício, excluídas as despesas gerais já atendidas na forma do item anterior.

E, no que respeita à sua origem, não há dúvida de que a participação do cooperado na divisão dos prejuízos se justifica pela condição por ele acumulada. É que, nessa condição, o cooperado figura como membro e destinatário dos serviços ofertados pela sociedade de que participa.

In casu, conforme se apura da ata de assembleia geral extraordinária levada a efeito em 29.03.05, foi aprovado por 89 votos a favor, 04 votos contra e 06 abstenções, o rateio das perdas na proporção dos serviços prestados aos cooperados (f. 17/19).

Se assim ocorre, considerando a condição de cooperado do réu, a existência de prejuízos havidos no período da postulação, a permissão legal corroborada em assembleia de sua divisão na proporção dos serviços prestados, e a revelia operada, a outra conclusão não se chega, senão à de que o demandado deve mesmo responder pelo pagamento do rateio das perdas, na proporção dos serviços prestados, conforme se apurar, a meu aviso, em liquidação de sentença, por arbitramento.

Nesse sentido, dentre tantos arestos, veja-se:

> Ação ordinária. Cooperativa de crédito. Rateio de prejuízo entre os cooperados. Fruição de serviços. Rateio devido. Alegações não comprovadas. Art. 333, I, do CPC. Apelação improvida. - O art. 89 da Lei nº 5.764/71 autoriza a realização de rateio para custear os prejuízos apurados na atividade da cooperativa [...] (Apelação Cível nº 1.0382.05.056928-6/002 - Relator: Des. Fábio Maia Viani).

> Ação de cobrança. Cooperativa de crédito. Rateio de prejuízos. Assembleia geral. Efeitos vinculantes das deliberações. Relação jurídica entre associado e cooperativa. Relação de cooperativismo. Inversão dos ônus da prova. Não aplicação das normas consumeristas. - Os prejuízos sofridos por cooperativas de crédito devem ser suportados pelos associados, nos termos do art. 89 da Lei 5.764/71, levando-se em conta os serviços por eles usufruídos, e não apenas o valor do capital social por eles integralizado. Comprovada nos autos a utilização de benefícios e serviços exclusivos dos cooperados, resta caracterizada a condição de associado, não podendo a parte insurgir-se contra decisões proferidas na assembleia geral, tendo em vista os efeitos vinculantes das deliberações por ela tomadas, como órgão supremo da sociedade [...] (Apelação Cível nº 1.0382.05.056926-0/002 - Relatora: Des.ª Hilda Teixeira da Costa).

> Ordinária. Defesa. Cerceamento. Inocorrência. Cooperativa. Cooperado. Consumo. Relação. Afastamento. Prejuízos. Rateio. Legalidade. Possibilidade. Associação. Vício. Ausência. Validade. [...]
> - Torna-se possível o rateio, entre os cooperados, dos prejuízos apurados pela cooperativa, como aprovado na assembleia geral. Inteligência do art. 89 da Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971.
> - Não sendo alegada a ocorrência de vício de consentimento no ato de associar-se à cooperativa, obriga-se o cooperado ao seu estatuto social (Apelação Cível nº 2.0000.00.472900-2/000 - 16ª Câmara Cível do TJMG - Relator: Des. José Amancio).

> Ação ordinária. Cooperativa. Rateio dos prejuízos entre os cooperados. Prova de prestação dos serviços. Indeferimento do pedido inicial. [...].
> - Havendo prejuízos apurados num respectivo exercício, deverão ser cobertos com recursos provenientes do fundo de reserva e, se insuficiente este, mediante rateio, entre os associados, na razão direta dos serviços usufruídos.
> - Tendo os autores assinado sem qualquer ressalva as fichas de cadastramento e adesão à cooperativa e não tendo eles demonstrado a ocorrência de vício de consentimento que pudesse vir a tornar nulo ou anulável o ato de filiação à cooperativa, impõe-se o pagamento do rateio, porque a prestação de serviços restou caracterizada na espécie [...] (Apelação Cível nº 1.0382.04.042957-5/001 - 9ª Câmara Cível do TJMG - Relator: Des. Pedro Bernardes).

Isso posto, dou provimento à apelação e julgo procedente a demanda, condenando o réu a pagar à autora, ora apelante, os valores referentes ao rateio dos prejuízos, em razão de sua liquidação, na proporção dos serviços prestados, conforme se apurar em liquidação de sentença, por arbitramento.

Custas, *ex lege*.

É o meu voto.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Acompanho o eminente Des. Relator e divirjo apenas de pequena parte.

No que toca à liquidação de sentença, divirjo para dispensar a liquidação por arbitramento, porque, com a inicial, já há a planilha de cálculo e documentos que a embasam, sendo bastante módico o valor da condenação. Além disso, o apelado não impugnou a planilha.

Por esse motivo, dispenso o arbitramento na fase de cumprimento de sentença e, como o apelado sucumbiu com o presente julgamento, condeno-o, também, nas custas do processo e do recurso e nos honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o valor da condenação.

DES. LUCIANO PINTO - Sr. Presidente, pela ordem. Quanto aos honorários, acompanho a eminente Revisora, quanto à liquidação, mantenho o arbitramento.

DES. LUCAS PEREIRA - Peço vista.

Súmula - APÓS O RELATOR DAR PROVIMENTO AO RECURSO E A REVISORA TAMBÉM DAR PROVIMENTO, DISPENSANDO, CONTUDO, A LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO, PEDIU VISTA O VOGAL. QUANTO À SUCUMBÊNCIA, O RELATOR ADERIU AO VOTO DA REVISORA.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 28.04.2011, a pedido do Desembargador Vogal, quando, então, o Desembargador Relator provia o recurso e a Desembargadora Revisora também o provia, dispensando, contudo, a liquidação por arbitramento. Quanto à sucumbência, o Relator aderiu ao voto da Revisora.

DES. LUCAS PEREIRA - Senhor Presidente, no tocante ao mérito do pedido, acompanho o eminente Relator.

Todavia, tenho como procedente a divergência apontada pela eminente Revisora no que tange à fixação de honorários advocatícios, fixados a favor da apelante, diante da notória sucumbência do apelado.

Por outro lado, peço vênia ao eminente Relator, para aderir também ao entendimento esposado pela douta Revisora, no tocante à dispensa da apuração do valor devido, mediante arbitramento, em face da não impugnação da planilha apresentada pela apelante, mesmo porque considerada de valor módico.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DA REVISORA, VENCIDO,

PARCIALMENTE, O RELATOR, NO TOCANTE À LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. QUANTO À SUCUMBÊNCIA, O RELATOR ADERIU AO VOTO DA REVISORA, REPOSICIONANDO-SE.

...

Conflito negativo de competência - Ação ordinária de revisão contratual - Relação de consumo - Renúncia do consumidor ao foro de seu domicílio - Opção pelo foro do domicílio do réu - Possibilidade

Ementa: Processual civil. Conflito negativo de competência. Ação ordinária de revisão contratual. Relação de consumo. Foro. Renúncia possível do consumidor. Escolha do foro da sede da instituição financeira. Possibilidade.

- As normas da legislação consumerista são de ordem pública e interesse social, o que permite ao magistrado declinar de ofício de sua competência, quando houver notória dificuldade para o exercício de defesa pelo consumidor.

- Todavia, o princípio da facilitação da defesa, trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, deve ser interpretado da forma mais benéfica ao tutelado, de modo a possibilitar ao consumidor optar entre o foro de seu domicílio ou do réu.

- Ainda que configurada a relação de consumo, se foi o próprio consumidor quem abriu mão da prerrogativa de ajuizar a ação no foro de seu domicílio, o feito deverá seguir seu curso no local eleito, sendo vedado ao magistrado declinar de ofício a competência.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0000.11.024239-3/000 - Comarca de Contagem - Suscitante: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Contagem - Suscitado: Juiz de Direito da 30ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte - Relator: DES. VERSIANI PENNA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Eduardo Mariné da Cunha, 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 NEGATIVO DE COMPETÊNCIA, PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DA 30ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE BELO HORIZONTE.

Belo Horizonte, 30 de junho de 2011. - *Versiani Penna* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VERSIANI PENNA - Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Contagem em face do MM. Juiz de Direito da 30ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação revisional de contrato movida por G.A.S. contra Banco BMG S.A.

O MM. Juiz de Direito suscitado declinou da competência para a Comarca de Contagem por entender que o foro do domicílio do consumidor possui competência absoluta para decidir questão ligada à relação de consumo.

O MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte suscitou conflito, alegando que a matéria discutida nos autos está atrelada à competência territorial, razão pela qual não poderia ser declinada de ofício, mesmo em se tratando de relação de consumo.

Conheço do conflito de competência.

Em princípio, ressalto que ambos os Juízos, suscitante e suscitado, basearam suas razões no Código de Defesa do Consumidor, entendendo haver relação de consumo no contrato de financiamento.

É certo que as normas da legislação consumerista são de ordem pública e interesse social, o que permite ao magistrado declinar de ofício de sua competência, quando houver notória dificuldade para o exercício de defesa pelo consumidor.

Não se desconhece que é entendimento pacífico na jurisprudência, tanto deste Tribunal (ver a respeito: TJMG - Agravo Regimental nº 1.0024.09.655869-7/002, 17ª Câmara Cível, Relatora: Desembargadora Márcia De Paoli Balbino, *DJe* de 02.12.2009) quanto dos Tribunais Superiores (a propósito: STJ, REsp 1084036/MG, Órgão Julgador Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, data do julgamento: 03.03.2009), que constitui afronta aos princípios norteadores da legislação consumerista a escolha de foro que recaia em local diverso do domicílio do consumidor.

Todavia, o princípio da facilitação da defesa, trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, deve ser interpretado da forma mais benéfica ao tutelado, de modo a possibilitar ao consumidor optar entre o foro de seu domicílio (Contagem) ou do réu (Belo Horizonte).

In casu, ainda que configurada relação de consumo, foi o próprio consumidor quem abriu mão da prerrogativa de ajuizar a ação no foro de seu domicílio, o que não me parece ter dificultado a sua defesa, sobretudo se levarmos em consideração que Contagem e Belo Horizonte são comarcas contíguas.

Ora, se a regra prevista no art. 6º do CDC visa a proteger o consumidor e este entende que o foro do

domicílio do réu é mais benéfico, o feito deverá seguir seu curso no local eleito, dando-se cumprimento ao princípio da facilitação da defesa do consumidor.

Nesse sentido, colha-se entendimento assentado neste Tribunal, em que, *mutatis mutandis*, ficou assentada a possibilidade de o consumidor optar por demandar no foro do domicílio de o réu:

> Processual civil - Conflito negativo de competência - Ação ordinária de revisão contratual com pedido de depósito das parcelas - Relação de consumo - Foro - Renúncia possível do consumidor - Escolha aleatória de foro - Não cabimento - Competência da sede da ré, cuja remessa seria prejudicial ao consumidor - Prevalência do foro do domicílio do consumidor - Recurso conhecido e não provido. - O consumidor pode renunciar ao foro de seu domicílio, devendo optar, todavia, pelo domicílio do réu, cuja opção não pode ser aleatória. - Se o foro da sede da ré lhe é prejudicial, prevalece o foro do domicílio do consumidor. - Conflito negativo de competência não acolhido. (TJMG - Conflito de Competência nº 1.0000.10.001597-3/000 - Relatora: Exma. Desembargadora Márcia De Paoli Balbino.)

Nesses termos, julgo procedente o conflito e declaro competente o Juízo da 30ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO MARINÉ DA CUNHA e LUCIANO PINTO.

Súmula - JULGARAM PROCEDENTE O CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA, PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DA 30ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE BELO HORIZONTE.

...

Servidor público municipal - Morte - Seguro de vida em grupo - Pecúlio - Convênio entre o Ipsemg e o Município - Rescisão - Restituição das parcelas pagas - Direito assegurado - Dano moral - Indenização - Não cabimento - Fazenda Pública - Sucumbência - Honorários advocatícios - Fixação

Ementa: Administrativo. Ação ordinária. Servidor público municipal. Pagamento de pecúlio e seguro de vida em favor do Ipsemg. Rescisão do convênio. Pretensão de devolução das prestações arrecadadas. Dano moral. Pedido julgado parcialmente procedente. Confirmação do julgado em reexame necessário.

- A parte autora faz jus à restituição das contribuições pagas a título do plano de seguro/pecúlio sob pena de enriquecimento ilícito do Ipsemg e do Município de Pitangui.

- Não procede a condenação dos requeridos ao pagamento de danos morais em favor da parte autora visto que, a toda evidência, não se vislumbra, no caso específico, a presença dos pressupostos legais necessários ao deferimento de tal indenização.

- Em sendo vencida a Fazenda Pública, os honorários de sucumbência devem ser fixados tomando-se por base os parâmetros ditados pelo § 3º do art. 20 do CPC, por força da norma do § 4º do mesmo artigo.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0514.07.029177-8/001 - Comarca de Pitangui - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Pitangui - Apelantes: 1º) Município de Pitangui, 2º) Ipsemg - Apelada: L.V.M. - Relator: DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Edilson Fernandes, 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, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 7 de junho de 2011. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Conheço da remessa oficial e de ambos os recursos voluntários, visto que presentes os pressupostos de suas admissibilidades.

Cuida-se de ação ordinária de cobrança aforada por L.V.M. em face do Ipsemg - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - e do Município de Pitangui, pela qual objetiva a condenação dos requeridos a lhe pagar o valor da indenização referente ao pecúlio e ao seguro de vida em grupo no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que entende fazer jus em razão do falecimento de seu marido, contribuinte avulso do instituto requerido, acrescidos de danos morais ou, alternativamente, pretende a condenação dos réus à restituição de todas as parcelas pagas a título de pecúlio e seguro de vida em favor de seu finado marido, importância esta devidamente acrescida de juros de mora e correção monetária, na forma da lei.

Às f. 185/202, o MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenou os requeridos a pagarem os honorários advocatícios de sucumbência arbitrados em 10% (dez por cento) da condenação respectiva.

O Município de Pitangui, não se conformando com a sentença, interpôs apelo voluntário, alegando, em resumo, ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação e, no mérito, que nada é devido à apelada, uma vez que todas as contribuições descontadas do finado marido daquela eram repassadas ao Ipsemg, na forma da lei, culminando, enfim, por pedir a reforma da sentença.

O Ipsemg, por sua vez, também apelou às f. 205/217 pretendendo o provimento do recurso nos termos das razões fáticas e de direito ali articuladas.

Devidamente intimada, a apelada não apresentou interesse em ofertar contrarrazões aos recursos interpostos (f. 221).

Data venia, analisando com o devido apreço a questão ora posta, vejo que, em sede de reexame, a sentença monocrática em análise deve ser integralmente confirmada.

De início, vislumbro como correta a decisão do i. Sentenciante de rejeitar a arguição de prescrição do direito de ação da parte autora, já que os pagamentos das parcelas de seguro de vida e pecúlio realizadas pelo finado marido daquela ocorreram, no caso do Ipsemg, até a data de dezembro de 2003 e, no caso do Município, até dezembro de 2005, épocas nas quais se considera o marco inicial de contagem do curso prescricional para a cobrança dos créditos aqui discutidos.

Assim, tendo a ação sido proposta em dezembro de 2007 (f. 02-v.), vê-se que não restou prescrita a pretensão autoral em comento, tal como decidido monocraticamente.

Também no que refere à alegada ilegitimidade passiva do Município de Pitangui, a mesma já foi corretamente apreciada e afastada em f. 164/167 dos autos, não tendo o requerido se insurgido, a tempo e a modo, contra tal decisão singular.

Quanto ao cerne da controvérsia, ressai do cotejo dos autos que o finado marido da parte autora, ex-servidor público municipal aposentado em setembro de 1981, teve descontados pela Municipalidade em seus contracheques, conforme disposto em convênio celebrado entre a Administração Pública municipal e o Ipsemg, valores destinados ao pagamento de seguro de vida e pecúlio em favor do mesmo e repassados à autarquia ré. E ainda que, por ocasião de sua aposentadoria, o servidor continuou a contribuir para o Ipsemg até o seu falecimento ocorrido em 15.01.2006 (f. 14).

Por outro lado, a rescisão do convênio celebrado entre as partes requeridas ocorreu em 27 de novembro de 2003 na forma do determinado pela Lei nº 9717/98, que proibiu a vinculação de servidores públicos municipais a regimes estatutários de âmbito estadual (f. 39). Portanto, não havia, à época do falecimento do ex-servidor municipal, qualquer relação jurídica que impusesse à autarquia requerida a obrigação legal de custear as indenizações referentes ao seguro de vida e pecúlio em favor de eventuais dependentes de servidores públicos do Município de Pitangui, como se pretendeu neste feito.

Contudo, resta cediço que o ordenamento pátrio não tolera a perspectiva de enriquecimento ilícito de quaisquer das partes ora litigantes, sendo que restou devidamente comprovado nos autos que o finado marido da parte autora, na qualidade de servidor municipal, sofreu descontos em seus vencimentos, os quais foram destinados, em parte, ao Ipsemg, a título de seguro/pecúlio, em virtude do mencionado convênio celebrado entre os entes públicos ora requeridos (f. 45, 53, 61/81 e 168/182).

De outra vertente, vê-se também dos autos que o Município de Pitangui recolheu dos vencimentos de seu ex-servidor as quantias destinadas ao seguro de vida e ao pecúlio e não repassou tais valores, ou recolheu a maior do que efetivamente repassou à autarquia requerida (f. 169), hipótese que justifica a condenação do mesmo à indenização dos valores pagos pelo finado marido da parte autora, tal como corretamente definido pelo Magistrado *a quo*.

Assim, inconteste que a parte autora faz jus à restituição das quantias pagas pelo seu finado marido, descontadas pelo Município de Pitangui e, na sua maior parte, repassadas ao Ipsemg, a título de contribuição para os benefícios de pecúlio e seguro de vida, sob pena de enriquecimento ilícito das Administrações Públicas requeridas.

Por outro lado, não procede a condenação dos requeridos ao pagamento de danos morais em favor da parte autora visto que, a toda evidência, não se vislumbra, no caso específico, a presença dos pressupostos legais necessários ao deferimento da indigitada indenização.

Saliente-se, ainda, que a determinação de ressarcimento dos valores arrecadados pelo Ipsemg para fazer face aos benefícios não concedidos do seguro de vida e pecúlio do finado marido da parte autora não constitui criação ou majoração de benefício previdenciário, motivo pelo qual não há no julgado singular qualquer ofensa à legislação infraconstitucional, consubstanciada, *in casu*, na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

Também não se aplica ao caso vertente o art. 764 do Código Civil, uma vez que, a toda evidência, a exegese de tal dispositivo deve ser interpretada quando existe e é válido o vínculo securitário, gerador de pagamento do "prêmio" estipulado, hipótese que não se amolda à hipótese versada.

Nesse sentido, este TJMG já decidiu:

> Servidor público. Repetição de indébito. Pecúlio. Rescisão de convênio. Devolução das prestações arrecadadas. - É devido ao servidor municipal, quando não deu causa ao cancelamento do convênio firmado entre o Município e o Ipsemg, o direito à restituição dos valores descontados dos seus proventos a título de pecúlio, sob pena de enriquecimento ilícito da entidade arrecadadora. Recurso não provido. (Reexame Necessário Cível nº 1.0209.06.058609-3/001 - Comarca de Curvelo - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Curvelo - Autores: L.A.P.M. e outros - Réus: Município de Curvelo, Ipsemg - Relator: Exmo. Sr. Des. Almeida Melo.)

> Processo civil e administrativo. Reexame necessário e recurso voluntário. Plano de seguro coletivo e pecúlio. Convênio entre Ipsemg e Município de Curvelo. Lei 9.717/98. Inviabilização dos contratos. Restituição das contribuições. - Os autores têm direito à restituição das contribuições pagas a título do plano de seguro/pecúlio sob pena de enriquecimento ilícito do Ipsemg, haja vista a ausência de culpa dos segurados pelo cancelamento dos referidos contratos. (Apelação Cível nº 1.0209.02.020.576-8/001, Relatora a Des.ª Maria Elza, *DJ* de 17.12.2009.)

> Ação de repetição de indébito - Contribuição para 'pecúlio/seguro coletivo' - Rescisão do convênio - Ipsemg e Município - Devolução valores recolhidos - Direito assegurado - Recurso desprovido. - Uma vez rescindido o convênio firmado entre o Ipsemg e o Município, mantém-se a sentença que julga procedente pedido de devolução dos valores recolhidos a título de contribuição para os benefícios de 'pecúlio/seguro coletivo' pelos servidores segurados, sob pena de enriquecimento ilícito do instituto. Em reexame necessário, confirma-se a sentença, prejudicado o recurso voluntário. (Apelação Cível nº 1.0209.06.058.607-7/001, Relator o Des. Kildare Carvalho, *DJ* de 27.05.2010.)

Quanto à aplicação dos juros de mora aplicáveis à espécie, ao contrário do que sustenta o Ipsemg, o percentual de 0,5% ao mês somente é aplicável nos casos de condenação da Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, a teor do disposto no art. 1º-F da antiga redação da Lei 9.494/97, o que não é a hipótese em apreciação. Assim, os juros de mora foram corretamente fixados em 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos do art. 406 do Código Civil c/c o art. 219 do CPC.

Por fim, não vislumbro modificação a ser feita na sentença quanto aos honorários advocatícios que fixou, fundamentando-se no § 4º do art. 20 do CPC. O Julgador singular fixou os honorários com base na sua equitativa apreciação, nada havendo a modificar no julgado em reexame também quanto a isso.

Portanto, diante das considerações ora expendidas, em reexame necessário, confirmo integralmente a bem-lançada sentença, restando prejudicados ambos os recursos voluntários.

Custas, na forma da lei.

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

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

...

Indenização por dano moral - Ofensas de cunho racista - Prova - Indenização - Valor - Correspondência entre o fato e seu efeito - Salário mínimo - Vinculação - Proibição - Art. 7º, IV, CF/88 - Conversão em quantia certa - Gratuidade de justiça - Declaração de hipossuficiência - Ausência - Pedido indeferido

Ementa: Ação de indenização. Danos morais. Palavras proferidas de cunho racista. Lesão à honra. Cerceamento de defesa. Inocorrência. *Quantum* indenizatório. Critérios. Assistência judiciária gratuita. Ausência de declaração e de poderes especiais outorgados ao procurador. Inadmissibilidade.

- O direito à honra juridicamente tem larga série de expressões compreendidas como princípio da dignidade humana: o nome, a fama, o prestígio, a reputação, a estima, o decoro, a consideração, o respeito, etc. Assim, não há como negar a existência de dano moral indenizável, se o ofensor assaca contra a vítima palavras ultrajantes, de cunho racista, causando-lhe dor, vexame, desconforto e humilhação.

- O valor da indenização por danos morais deve guardar perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e do seu efeito lesivo, bem assim com as condições sociais e econômicas da vítima e do autor da ofensa, revelando-se ajustada ao princípio da equidade e à orientação pretoriana, segundo a qual a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação, na justa medida.

- Não se defere pedido de gratuidade de justiça, reiterado em segunda instância, quando não se faz acompanhar da declaração de hipossuficiência ou de mandato outorgando ao advogado poderes específicos, mormente se o requerido não demonstra alteração em sua situação econômico-financeira.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0456.05.036738-6/001 - Comarca de Oliveira - Apelante: S.A.S. - Apelado: D.O., assistido pela mãe L.M.O. - Relator: DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Osmando Almeida, 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 E, DE OFÍCIO, ALTERAR DISPOSITIVO DA SENTENÇA.

Belo Horizonte, 5 de abril de 2011. - *Tarcísio Martins Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de f. 122/127, proferida pelo digno Juiz da Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Oliveira, que, nos autos da ação de indenização por danos morais, movida por D.O., assistido por sua mãe, L.M.O. em face de S.A.S., julgou procedente o pedido, condenando o requerido a pagar ao requerente 30 (trinta) salários mínimos, a título de danos morais, além das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

Consubstanciado seu inconformismo nas razões recursais de f. 130/152, busca o apelante a reforma do r. *decisum*, sustentando, preliminarmente, que houve cerceamento de defesa, por não lhe ter sido oportunizado se manifestar acerca do memorial e documentos apresentados pelo autor, deixando, dessa forma, de impugná-los.

Aduz que não restaram configurados os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam o dano, a culpa do agente e o nexo de causalidade, não havendo se falar em abalo moral.

Segue, aduzindo que o apelado não se desincumbiu do ônus probatório, porquanto não juntou relatório médico ou laudo psicológico, tampouco exame de corpo delito que comprovasse a agressão verbal por ele sofrida, não havendo no caderno processual prova alguma de que tenha praticado qualquer conduta contrária à ordem jurídica.

Afirma, ademais, que, diante dos depoimentos das testemunhas arroladas por ambas as partes, não restaram evidenciadas as pretensas agressões, tendo apenas segurado o recorrido, para evitar que ele fosse mordido pelo animal que fugiu.

Alternativamente, caso mantida a r. decisão, pugna pela redução do *quantum* arbitrado, a título de danos morais, que entende excessivo, a caracterizar enriquecimento sem causa, sendo razoável um valor entre R$2.000,00 (dois mil reais) e R$5.000,00 (cinco mil reais).

Reitera, por fim, o pedido dos benefícios da gratuidade de justiça, pleiteado em sua peça de defesa, por não ter o MM. Juiz *a quo* se manifestado a respeito.

Contrarrazões, em óbvia infirmação, pugnando pelo desprovimento do recurso (f. 156/162).

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar - cerceamento de defesa.

Afirma o recorrente que, após ofertados memoriais pelas partes, não lhe foi dada a oportunidade de se manifestar acerca dos mesmos, oportunidade esta dada apenas ao recorrido, o que fere o princípio do contraditório previsto na Constituição Federal.

Concessa venia, sem qualquer parcela de razão.

De início, sabe-se que o momento próprio para que a parte possa combater as argumentações lançadas pela *ex adversa* será na contestação ou na impugnação, não havendo, pois, se falar em ofensa ao princípio do contraditório.

Ademais, segundo a legislação processual vigente "quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, caso em que o juiz designará dia e hora para seu oferecimento" (art. 454, § 3º, CPC). Significa dizer que às partes litigantes é auferida a oportunidade de reiterar suas razões, manifestando-se derradeiramente quanto ao quadro fático e jurídico da causa perante o órgão julgador.

Ora, cediço é que, optando as partes pela apresentação das razões finais, via memorial, ambos deverão promover sua entrega em dia e hora designados, não havendo, por óbvio, se cogitar de sua impugnação.

Por tais razões, rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa.

Mérito.

Mostram os autos que o recorrente, aqui apelado, buscou a tutela jurisdicional ao amparo da ação de indenização por danos morais, esteada em sofrimento que alega haver padecido, em decorrência de ofensa à sua moral, pela cor da sua pele, proferida pelo apelante.

Afirma que foi agredido verbalmente pelo recorrente, que teria, através de palavreado de cunho racista, tal como "filho de urubu e nego preto" (f. 03), além de sofrer agressão física, porquanto foi empurrado e chutado, o que acarretou processo depressivo, maculado não só a sua honra como a integridade física.

A sua vez, contrapondo-se à pretensão do requerente, afirma o réu, ora apelante, que jamais se dirigiu ao apelado com palavras ofensivas ou conduta desonrosa, tendo apenas o segurado para evitar que fosse mordido por um cão que avançou sobre ele, fugindo em seguida.

O digno Juiz singular, após a regular instrução do feito, reconheceu a procedência do pleito inicial, condenando o requerido ao pagamento de 30 (trinta) salários

mínimos, a título de danos morais, além dos ônus sucumbenciais.

Irresignado, apela o vencido, sustentando a preliminar de cerceio de defesa, já rechaçada e, por não lhe ter sido oportunizado se manifestar acerca do memorial ofertado pelo autor e, no mérito, afirmado que não restaram configurados os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, além de reiterar o pedido de gratuidade de justiça, e requer a redução do *quantum* arbitrado.

Analisando os autos, não vejo motivos que possam autorizar a reforma da r. sentença atacada, tendo seu douto Prolator auferido correto e justo desate à causa.

Ab initio, o dano moral, como se sabe, é a lesão de um bem integrante da personalidade, tal como a honra, a intimidade, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, vexame, sofrimento, desconforto e humilhação ao ofendido.

E o direito à honra se traduz juridicamente em larga série de expressões compreendidas como princípio da dignidade humana: o nome, a fama, o prestígio, a reputação, a estima, o decoro, a consideração, o respeito, etc.

A melhor doutrina explica:

> Qualquer atentado ao conceito e à consideração das pessoas são outras formas de lesão à honra.
> São figuras de ofensa ao sentimento de honra, em sentido estrito:
> a) a difamação, que consiste na imputação de fato ofensivo à reputação de pessoa física ou jurídica, atingindo-a no conceito ou na consideração a que tem direito;
> b) a injúria, que consiste na ofensa à dignidade ou ao decoro, a saber, a expressão ultrajante, o termo pejorativo ou simplesmente à invectiva de conteúdo depreciativo [...] (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. RT, p. 249).

Em sua obra *Danni morali contratuali*, Dalmartello situa o dano moral, caracterizando-o como:

> [...] a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-os em dano em que afeta honra, a parte social do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.) (*apud* Rui Stoco, ob. cit. p. 523).

Yussef Said Cahali define, magistralmente, o dano moral:

> Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral (*Dano moral*. 2. ed. Editora Revista dos Tribunais, p. 20/21).

Em suma, o dano moral indenizável é aquele que pressupõe dor física ou moral e se configura sempre que alguém aflige outrem injustamente, em seu íntimo, causando-lhe padecimento, atribulação, desgaste, constrangimento, angústia, alcançando valores prevalentemente de danos materiais, quando se acumulam.

Foi com advento da Carta Constituição de 1988 que a aceitação plena da reparação por dano moral se consagrou, alçando, inclusive, esse direito à categoria de garantia fundamental (art. 5º, incisos V e X, da CF/88), considerada como cláusula "pétrea" e, portanto, imutável, nos estritos termos do art. 60, § 4º, da Lei Fundamental.

Civilmente sempre se assegurou reparação por delitos contra a honra (Código Civil Brasileiro de 1916, art. 1.547 e NCCB, art. 953). Entretanto, a novel Constituição Federal tornou expresso o direito à honra e sua proteção, ao dispor que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art.5º, X).

Feitas essas considerações preliminares e à luz desses conceitos, analisando o mosaico probatório, aliás, muito bem dissecado pelo douto Julgador de primeiro grau, pode-se concluir que a conduta do apelante indubitavelmente ocasionou lesão ao patrimônio ideal do apelado, ao assacar contra ele, publicamente, palavras de baixo calão, de cunho racista.

A respeito, depõe a testemunha S.R.S., *verbis*:

> [...] que estava trabalhando em um imóvel próximo e ouviu gritarem 'me solta, me solta', foi quando viu o requerido segurando o autor pelo braço e o empurrando [...] ouviu o requerido fazer referência ao autor como negro, preto, urubu e a depoente disse que há lei para isto, ao que ele respondeu que a lei era ele, pois tinha um caminhão, um carro e uma casa boa [...] (f. 63).

No mesmo sentido, a informante R.A.P.M. assim se expressa: "[...] a depoente não viu agressão do requerido contra o autor, mas ouviu dele que teria batido e bateria novamente [...]" (f. 72).

Como bem pontuou o d. Sentenciante:

> Não há dúvida de que houve o entrevero entre o requerido e o menor. A contestação qualifica de repreensão do primeiro contra o segundo. Repreensão efetivada de maneira firme e com empurrões. Assim, não se discute que os fatos aconteceram. E tal como contestação os admite, foram narrados, mais pormenorizadamente, pelas testemunhas do

> autor [...] Não há necessidade de se juntar laudo psicológico, a demonstrar o acabrunhamento em que fica alguém desmerecido por ter a cor da pele distinta do agressor [...]

Com efeito, não pode o apelante negar que ofendeu a honra do apelado ao usar palavras de cunho racista, tais como "nego, preto e urubu", incursionando inclusive na seara penal, o que dispensa maiores considerações.

Assentada, pois, a responsabilidade do apelante, passamos à análise do *quantum* indenizatório, arbitrado em 30 (trinta) salários mínimos, pois este contra ele se insurge, por considerá-lo excessivo.

Sabe-se que o valor da indenização por danos morais deve guardar perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e do seu efeito lesivo, bem assim com as condições sociais e econômicas da vítima e do autor da ofensa, revelando-se ajustada ao princípio da equidade e à orientação pretoriana, segundo a qual a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação, na justa medida.

Assim, considerando os requisitos supramencionados, especialmente o grau da ofensa irrogada contra a vítima, entendo que o valor arbitrado se mostra compatível com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, apto a lhe propiciar satisfação, na justa medida das humilhações sofridas.

Segundo entendimento consagrado pela Suprema Corte, os valores indenizatórios devem ser fixados em quantia certa, evitando-se a vinculação ao salário mínimo, vedada no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República:

> Dano moral. Fixação de indenização com vinculação ao salário mínimo. Vedação constitucional, art. 7º, IV, da Carta Magna. - O Plenário desta Corte, ao julgar, em 1º.10.97, a ADIN 1.425, firmou o entendimento de que, ao estabelecer o artigo 7º, IV, da Constituição que é vedada a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim, 'quis evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado' (Rel. Min. Moreira Alves - RE 225.488-1, j. em 11.04.00, *DJU* de 16.06.00).

Portanto, em atendimento à norma constitucional, impõe-se a conversão em quantia certa, que arbitro em R$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais).

Finalmente, quanto ao pedido de gratuidade de justiça reiterado pelo apelante em sua peça recursal, ao argumento de que o MM. Juiz não se manifestou a respeito, *permissa venia*, não lhe assiste razão.

Como é de curial saber, o benefício da assistência judiciária constitui garantia constitucional à pessoa física hipossuficiente, que visa assegurar o amplo acesso à Justiça, que necessita, atualmente, de uma simples declaração da própria parte de que a sua situação econômica não permite vir a juízo, sem prejuízo de sua manutenção ou de sua família, ou por seu procurador munido de poderes para tal desiderato, podendo o benefício da assistência judiciária ser pleiteado e deferido em qualquer fase do processo ou instância.

Compulsando os autos, constata-se que o apelante realmente requereu os benefícios da justiça gratuita em sua peça de defesa (f. 27), porém o digno Juiz *a quo* deixou de se manifestar, como, de fato, alega.

Todavia, verifica-se que inexiste declaração de hipossuficiência firmada pelo próprio réu, bem como restou indemonstrada qualquer alteração de sua situação econômica. Da mesma forma, analisando a procuração outorgada pelo requerido (f. 28), verifica-se que não foram concedidos poderes especiais a seu procurador, para tal desiderato. Dessarte, inacolhível a pretensão colimada.

Nesse sentido, esta mesma Câmara Cível teve ensejo de decidir:

> Assistência judiciária. Justiça gratuita. Pedido formulado por advogado. Procuração. Ausência de poderes especiais. Inadmissibilidade. Ação de rescisão de contrato de constituição de sociedade não registrado. Pedido de devolução de capital social. Ausência de registro na junta comercial. Nulidade de cláusula que estipula devolução do capital integralizado da sociedade antes de seu registro. Obrigação da devolução do capital. - Para a concessão da assistência judiciária basta a simples afirmação feita pelo próprio interessado de que a sua situação econômica não permite vir a juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. O procurador, para formular o pedido, sem declaração de próprio punho da parte, deve estar munido de poderes especiais. Não procede a pretensão de fazer valer cláusula contratual que prevê devolução parcelada de capital destinado à constituição de sociedade comercial quando a sociedade nem sequer foi viabilizada sob o ponto de vista legal, sem o registro do contrato na Junta Comercial. (Apelação Cível nº 0498576-6, Rel. Des. Pedro Bernardes, j. em 1º.08.06.)

> Ausência de fundamentação e de dispositivo - Nulidade da sentença - Inocorrência - Prestação de contas - Ilegitimidade ativa - Matéria analisada em agravo - Preclusão - Pedido de assistência judiciária - Ausência de declaração de pobreza - Procurador sem poderes específicos - Indeferimento. [...] - Deve ser indeferido o pedido de assistência judiciária, se a parte não junta nos autos a declaração de pobreza e tampouco outorga aos seus procuradores poderes específicos para pleitearem o sobredito beneplácito. (Apelação Cível nº 2.0000.00.491608-5/000, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Osmando Almeida, 16.09.2006.)

Lado outro, verifica-se que o réu não demonstrou qualquer alteração em sua situação econômico-financeira, de sorte a que lhe sejam concedidos os benefícios da gratuidade de justiça.

Ao impulso dessas considerações, nega-se provimento ao recurso, para manter a r. sentença de primeiro grau, determinando-se, tão somente, a alteração de sua parte dispositiva, para converter o *quantum* indenizatório

em quantia certa e determinada, qual seja R$ 7.800,00 (sete mil e oitocentos reais), equivalentes a trinta salários mínimos à época, corrigida pelos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais,a partir da data da publicação da sentença.

Custas recursais, pelo apelante.

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Peço vista.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido do Desembargador Revisor, após o Desembargador Relator negar provimento e, de ofício, alterar dispositivo da sentença.

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Pedi vista dos autos para melhor análise do processado e cheguei à mesma conclusão do eminente Des. Relator, a quem acompanho integralmente.

DES. GENEROSO FILHO - De acordo com o Des. Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, ALTERARAM DISPOSITIVO DA SENTENÇA.

...

Acidente de trânsito - Indenização - Concessionária de serviço - Terceiro não transportado - Responsabilidade objetiva - Culpa - Absolvição criminal do condutor do coletivo - Irrelevância - Danos morais - Reconhecimento - Valor - Juros - Termo inicial - Danos materiais - Pensão mensal - Salário mínimo - Despesas pessoais - Dedução - Vínculo empregatício - Inexistência - 13º salário - Verba indevida - Despesas - Funeral - Reembolso - Seguro obrigatório - Recebimento - Ausência de prova - Dedução - Inadmissibilidade - Inteligência da Súmula 246 do STJ - Constituição de capital - Substituição - Folha de pagamento - Impossibilidade - Multa - Aplicação - Garantia do cumprimento - Possibilidade - Honorários advocatícios - Fixação - Prestações vencidas e uma anuidade das vincendas - Percentual - Limitação - Lei nº 1.060/50 - Não ocorrência - Lide secundária - Não contestação - Justiça gratuita - Não apreciação na sentença - Reiteração - Segundo grau - Possibilidade de exame - Empresa sob liquidação extrajudicial compulsória - Cabimento

Ementa: Ação de indenização. Acidente de trânsito. Terceiro não transportado. Concesssionária de serviço público. Responsabilidade objetiva. Condutor do coletivo. Culpa. Absolvição criminal. Irrelevância. Danos morais. Valor. Juros. Termo inicial. Danos materiais. Pensão mensal. Salário mínimo. Despesas pessoais. Dedução. Vínculo empregatício. Ausência. 13º salário. Verba indevida. Despesas. Funeral. Reembolso devido. Seguro obrigatório. Recebimento. Não comprovação. Dedução indevida. Constituição de capital. Substituição. Impossibilidade. Multa. Honorários advocatícios. Fixação. Prestações vencidas e uma anuidade das vincendas. Percentual. Limitação da lei 1.060/50. Não ocorrência. Lide secundária. Honorários advocatícios.

- Nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, é objetiva a responsabilidade da concessionária de serviço público, cujo veículo atinge motocicleta.

- Age com culpa exclusiva o condutor de ônibus que, ao convergir à direita, adentra a contramão e atinge motocicleta que, trafegando em sua mão direcional, tenta desviar, mas não obtém êxito.

- Em se tratando de ação de indenização por acidente de trânsito, a absolvição do réu no Juízo criminal não exclui o reexame da culpa e sua configuração no Juízo onde está tramitando o pedido de reparação civil.

- A indenização por danos morais, arbitrada consoante os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que represente o enriquecimento sem causa para quem vai recebê-la, tampouco o empobrecimento daquele que deverá pagá-la, deve ser mantida nos exatos valores definidos na sentença.

- Em se tratando de danos morais, os juros de mora são devidos a partir da data do provimento que estipula a indenização.

- Se não comprovados nos autos os ganhos do falecido, a indenização material, a ser paga através de pensão mensal, deverá corresponder a 2/3 do salário mínimo, presumindo-se que o *de cujus* gastava 1/3 dos seus ganhos com sua própria mantença.

- Se a vítima não trabalhava sob o regime de vínculo empregatício, é indevida a verba pleiteada a título de 13º salário.

- Uma vez comprovadas as despesas com funeral, é devido o reembolso dos valores gastos.

- O seguro obrigatório - DPVAT - deve ser deduzido do valor da indenização judicialmente fixada, nos termos da

Súmula 246 do STJ, mas desde que comprovado que foi pago.

- A constituição de capital, prevista no art. 475-Q do CPC, não pode ser dispensada nem substituída por inclusão em folha de pagamento, ainda que se trate de sociedade de economia mista, concessionária de serviço público, uma vez que é de rigor a imposição daquele dispositivo legal.

- A multa diária, pela não constituição do capital que garanta o pagamento da pensão, é arbitrada não só em favor do beneficiário - que poderá executá-la - como em homenagem à própria Justiça, para que não sejam desobedecidas suas determinações.

- Os honorários advocatícios, em casos de indenização por ato ilícito, incidindo a responsabilidade objetiva, é calculada sobre as soma das prestações vencidas referentes à pensão, mais doze das vincendas.

- Nos feitos em que há condenação, a fixação dos honorários advocatícios deve se pautar nas diretrizes das alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do art. 20, do CPC, não sofrendo a limitação prevista no art. 11, § 1º, da Lei 1.060/50, se os procuradores da parte vencedora não fazem parte do quadro da Defensoria Pública (os honorários seriam destinados ao Estado), ou seja, eles não prestaram assistência judiciária, mas justiça gratuita.

- Aquele que estiver obrigado, por contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda, uma vez que seja denunciado à lide e não negue a denunciação, assumindo sua condição de responsável pelo regresso nos limites da apólice, não deve suportar condenação para pagar honorários advocatícios ao advogado da denunciante.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.092084-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante adesiva: I.S.S.A., em liquidação extrajudicial - Apelantes: 1º) V.C. Ltda., 2º G.B.C.N.S., 3º IRB - B.R.S.A. - Apelados: V.P.P., por si e representando filhos, G.B.C.N.S., V.C. Ltda., I.S.S.A., IRB - B.R.S.A. - 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, sob a Presidência do Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes, 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 1º, 2º E 3º RECURSOS E DAR PROVIMENTO INTEGRAL AO RECURSO ADESIVO.

Belo Horizonte, 17 de maio de 2011. - *Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - V.P.P., T.P.P. e M.C.P.P. ajuizaram, em desfavor de V.C.Ltda., uma ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes da morte de C.J.P., marido e pai dos autores, respectivamente, que foi vítima de acidente causado pelo preposto da ré.

Pretenderam os autores, na inicial, indenização por danos morais no valor de R$ 40.000,00, sendo R$ 20.000,00 para a primeira autora e R$ 10.000,00 para cada um dos demais autores da demanda; pensão mensal no valor de um salário mínimo, na proporção de um terço para cada suplicante até que o segundo e terceiro autores completem 25 anos de idade, revertendo, a partir daí, todos os valores à primeira suplicante/mãe até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade; as prestações vencidas e vincendas, incluído o 13º salário, devendo ser atualizadas com juros moratórios e correção monetária; constituição de capital pela suplicada para garantir o cumprimento da obrigação, com multa para eventual descumprimento; danos materiais consistentes no reembolso das despesas com o funeral da vítima, no valor de R$1.488,00; finalmente, requerem condenação da ré ao pagamento das custas e honorários de sucumbência de 20% sobre o valor da condenação.

Citada, a ré apresentou a contestação de f. 44/60, inicialmente denunciando a lide às seguradoras I.S.S.A. e G.B.C.N.S. No mérito, alega que ao caso não se aplica a responsabilidade objetiva; ainda que assim não fosse entendido, que houve culpa exclusiva da vítima, o que afasta a obrigação de indenizar; que não há prova nos autos de que a vítima do acidente auferisse qualquer remuneração; que, em caso de condenação de pensão, deve ser descontado 1/3 do valor relativo a despesas pessoais da vítima; que não há que se falar em 13º salário; que o valor pretendido a título de danos morais é exorbitante; que não há lastro para o pretendido reembolso de despesas com funeral; que é desnecessária a constituição de capital, entretanto, caso seja acolhido o pedido de pensão, que haja a substituição da caução pela inclusão em folha de pagamento; que os honorários estão limitados a 15% sobre o valor da condenação; que eventuais juros de mora somente são devidos a partir da citação; que, em caso de danos morais, a correção e os juros incidem somente a partir do arbitramento da indenização.

Deferidas as denunciações, a denunciada I.S.S.A - em liquidação extrajudicial compulsória - apresentou a contestação de f. 170/190, alegando culpa exclusiva da vítima pelo acidente noticiado nos autos; improcedência

do pedido de pensão, por ausência de prova dos rendimentos da vítima; ausência de prova dos prejuízos material e moral; em caso de condenação regressiva, que sejam observados os limites dos valores contratados; impossibilidade de condenação à restituição no que se refere a juros e correção, por estar em liquidação extrajudicial compulsória; e, por fim, requer seja a ela, contestante, deferido o benefício de litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Às f. 194/211, contestação da denunciada G.B.C.N.S., inicialmente denunciando a lide a IRB - B.R.S.A. No mérito, alega que o caso é de responsabilidade subjetiva; ausência de culpa da ré pelo acidente; que o contrato de seguro celebrado com a contestante não prevê cobertura a título de danos materiais; que os danos morais são indevidos e o valor pretendido exorbitante; que, na eventualidade de julgar procedentes os pedidos, que a condenação da contestante se dê nos limites do contrato com ela firmado; que seja deduzido o valor correspondente ao seguro obrigatório - DPVAT.

Acolhida a nova denunciação, a denunciada IRB - B.R.S.A., apresentou a resposta de f. 264/277, manifestando concordância com os termos da defesa apresentada pela denunciada G.B.C.N.S, que ressalta as restrições que limitam os riscos securitários contratados.

Após regular trâmite e instrução, culminou o feito na sentença de f. 475/496, aclarada à f. 506, pela qual a ilustre Juíza singular julgou procedente o pedido, condenando a ré, V.C.Ltda., ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 40.000,00, cabendo R$ 20.000,00 para a autora e R$ 10.000,00 para cada filho menor, em pagamento único, com incidência de juros de mora de 1% ao mês da data do fato e correção monetária a contar da prolação da sentença. Condenou a ré ao pagamento de pensão mensal no valor de 1 salário mínimo, devido desde a data da morte da vítima, cabendo 1/3 para cada requerente, sendo que o pensionamento dos menores será até a data em que estes completarem 25 anos e o da viúva até quando a vítima completaria 65 anos de idade. Determinou a Julgadora que, sobre as prestações vencidas, inclusive 13º salário, incidirão juros de mora de 1% ao mês e correção monetária até a data do efetivo pagamento. Com relação aos danos materiais, a ré foi condenada a ressarcir aos autores o valor despendido com o funeral da vítima de R$ 1.488,00, atualizado com juros de mora de 1% ao mês e correção monetária contado da data do desembolso. A requerida deverá constituir capital suficiente para garantir o cumprimento da condenação nos termos do artigo 475-Q do CPC, no prazo de 60 dias do trânsito em julgado da sentença, sob pena de multa diária de R$ 500,00 até o limite de R$ 50.000,00, no caso de descumprimento.

Em relação às lides secundárias, os pedidos foram julgados procedentes, sendo que as denunciadas deverão ressarcir a segurada até o limite estipulado nas respectivas apólices.

As custas processuais e honorários advocatícios de 20% do valor da condenação serão suportados pela ré, ficando as denunciadas condenadas ao pagamento das custas processuais da lide secundária e honorários aos patronos das denunciantes, fixados em 20% sobe o valor da condenação para cada denunciante.

Três recursos de apelação e um adesivo foram interpostos.

Às f. 509/529, recorre a ré, V.C. Ltda., pugnando pela inaplicabilidade da responsabilidade objetiva ao caso; que houve culpa exclusiva da vítima, como reconhecido em sentença penal; em observância ao princípio da eventualidade, que seja reconhecida a reciprocidade de culpas, com redução proporcional da condenação na medida das culpas; ainda que assim não entenda, que as verbas fixadas na sentença sejam reduzidas, sendo que é evidente o exagero desmedido do arbitramento do dano moral; que seja reduzido de 1/3 o salário mínimo, fixado a título de pensão, percentual correspondente ao gasto com as despesas pessoais da vítima; que o 13º não é devido quando a pensão decorre de ato ilícito; que é desnecessária a constituição de capital e a multa; pede, caso assim não seja entendido, a substituição da constituição de capital pela inclusão em folha de pagamento; requer a redução dos honorários fixados, uma vez que, nos casos em que a parte litiga sob o pálio da justiça gratuita, os honorários só podem ser fixados no percentual máximo de 15% sobre o valor da condenação, nos termos da Lei 1.060/50, devendo, ainda, incidir apenas sobre as parcelas vencidas e uma anuidade das vincendas.

Às f. 536/552, apela a denunciada G.B.C.N.S, alegando não ser o caso de responsabilidade objetiva, mas, sim, da subjetiva, em que se analisa a culpa; que no caso a culpa foi exclusiva da vítima; que, estando a responsabilidade pelo acidente decidida no Juízo Criminal, não pode o Juízo Cível questionar tal matéria; que os danos materiais só são devidos quando cabalmente comprovados nos autos; que não restou demonstrado que a vítima exercia atividade laborativa, tampouco a dependência dos autores em relação à vítima; que a pensão mensal fixada em 1 salário mínimo é excessiva, devendo ser deduzida a estimativa de gastos pessoais da vítima de 2/3 dos rendimentos; que é indevida a condenação no reembolso das despesas com funeral, já que a indenização do seguro obrigatório (DPVAT) se destina a esse fim; que deve ser reduzido o valor fixado a título de danos morais, sendo que os juros moratórios relativos a esses são devidos apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória; que deve ser decotado da indenização o valor do seguro obrigatório. Com relação à lide secundária, alega que não houve sucumbência, portanto, deve ser decotada do

valor da condenação a quantia referente aos honorários advocatícios fixados em favor da denunciante.

Às f. 585/594, apelação da denunciada IRB - B.R.S.A., insurgindo-se em relação aos números condenatórios impostos à proprietária do ônibus envolvido no acidente. Discorda do valor da pensão mensal, já que não houve comprovação da remuneração mensal do falecido, devendo-se, ainda, decotar 1/3 relativo a despesas pessoais; que a verba relativa às despesas funerárias já está absorvida pelo seguro obrigatório (DPVAT), devendo o valor desse seguro ser abatido na indenização fixada, independentemente da comprovação do seu recebimento pelos beneficiários; impossibilidade de condenação da apelante em honorários de sucumbência na ação terciária de denunciação da lide.

Por fim, apelação adesiva da denunciada I.S.S.A - em liquidação extrajudicial compulsória, às f. 628/640, alegando que, mesmo requerendo vista dos autos, não teve oportunidade de apresentar embargos declaratórios; que, em observância ao princípio da celeridade e economia processual, requer seja apreciado o seu pedido de gratuidade da justiça, tendo em vista que a sentença foi omissa nesse ponto; que o indeferimento do pedido, se assim se concluir pela omissão da sentença, deve ser reformado, tendo em conta a natureza jurídica da massa liquidanda e sua notória insolvabilidade, a qual está demonstrada nos autos; que não cabe condenação em honorários advocatícios ao patrono da denunciante, já que não ofereceu oposição à denunciação.

Contrarrazões dos atores às f. 556/559, 606/607 e 443-verso, da ré às f. 561/563, 609/610 e 646/649.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 575/581 e 663/669, pelo acolhimento dos recursos e apenas parcial provimento do recurso adesivo, para deferir à apelante os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Preparo da primeira apelação à f. 535, da segunda à f. 553 e da terceira à f. 601. O apelo adesivo não está preparado, tendo em vista que o pedido de justiça gratuita é objeto do recurso.

Recursos próprios e tempestivos. Deles conheço.

Analiso em conjunto o primeiro, segundo e terceiro recursos por tratarem de matérias correlatas.

A douta Juíza singular, ao fundamentar a decisão guerreada, atribuiu à ré, concessionária de serviço público, a responsabilidade objetiva, ao argumento de que a previsão contida no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, ao aludir a "terceiros", não faz distinção em relação a usuários e não usuários do serviço público.

Com razão a douta Julgadora.

Diz aquele dispositivo:

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

Com efeito, assim têm decidido o STJ e outros tribunais, inclusive o nosso:

> Agravo regimental. Responsabilidade civil. Atropelamento. Vítima fatal. Ônibus. Empresa permissionária de serviço de transporte. Responsabilidade objetiva. - As pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público de transporte respondem objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. (STJ, AGA 200601006060 - (778804) - RJ, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* de 14.12.2007, p. 400.)

> Direito constitucional. Direito administrativo. Responsabilidade civil. Concessionária de serviço público de transporte coletivo. Atropelamento. Teoria objetiva. Art. 37, § 6º, da CF/88. Dano moral indenizável. Apelo improvido. - As empresas de transporte coletivo são concessionárias de serviço público, e, assim, a elas se aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da CF, quando ocorrer dano na prestação do serviço. No caso em análise, o atropelamento, demonstrado o nexo de causalidade, autoriza a indenização por dano moral, decorrente da morte da vítima. Apelo improvido, mantendo-se a sentença. (TJPE - AC 85422-0 - Rel. Des. Freitas Medeiros - *DJPE* 16.12.2004.)

Tratando-se de responsabilidade objetiva, esta só poderia ser ilidida por fortuito externo, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Nesse sentido:

> Responsabilidade civil objetiva. Acidente de trânsito. Atropelamento. Suposta quebra do nexo causal. Não comprovação. - Em sede de responsabilidade civil objetiva (art. 37, § 6º, CF/88), as excludentes do nexo de causalidade: fortuito externo, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, são causas excepcionais liberatórias do dever de indenizar e, por isso, só devem ser acolhidas quando provadas de forma inequívoca, o que não ocorreu *in casu*. Pensionamento. Morte de filho. Termo final. [...] (TJRJ - AC 29014/2001 - (2001.001.29014) - 7ª C. Cív. Rel.ª Des.ª Marly Macedônio Franca. Julg. em 19.03.2002.)

> Indenizatória. Concessionária de transporte público. Atropelamento de pedestre. Responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da CF/88). Culpa exclusiva da vítima. Excludente de responsabilidade. - A concessionária de serviço público de transporte responde objetivamente pelos danos causados a terceiros, sejam eles usuários ou não dos serviços, uma vez que o art. 37, § 6º, da CF/88 não faz qualquer distinção nesse sentido. Ainda que se trate de responsabilidade objetiva, a culpa exclusiva da vítima rompe o nexo de causalidade e, em consequência, afasta a responsabilidade e o dever de indenizar. (TJMG, AC 1.0024.03.023817-4/001, Rel. Des. Valdez Leite Machado, j. em 23.11.2006, pub. no *DJ* de 13.12.2006).

No caso, diferentemente do entendimento manifestado pela ré e pelas denunciadas, após analisar todo o contexto probatório, conclui-se que não houve culpa exclusiva da vítima, mas, pelo contrário, restou comprovada a culpa do motorista do ônibus da empresa ré.

Do boletim de ocorrência, acostado às f. 12/16, consta o depoimento do condutor do ônibus, dizendo que

> veio a abrir a curva para efetuar a conversão à direita, pois havia outros ônibus estacionados nos dois sentidos da Av. João Rolla Filho, quando após a conversão se assustou com um motoqueiro descontrolado colidindo a frente do ônibus mais para o lado direito do ônibus (f. 14).

A visão do condutor do ônibus envolvido no acidente, por representar versão unilateral, não tem força probatória incontestável, mas ele próprio confessa que, ao convergir à direita, "abriu a curva" atingindo a contramão.

Necessária leitura do arcabouço probatório, a definir a culpa pelo acidente.

Do laudo pericial, juntado às f. 20/24, concluíram os peritos que o veículo 2, ônibus,

> ao realizar a manobra convergente para integrar-se a corrente de tráfego da Avenida João Rolla Filho, adentrou na contramão direcional, estando os instantes imediatos a colisão, de retorno a sua normal faixa de tráfego.

A prova testemunhal confirma o fato de que o acidente ocorreu quando o ônibus da ré estava na contramão direcional e que não houve nenhuma culpa do motociclista que trafegava em sua mão direcional, em baixa velocidade e que este teve que ir para a contramão para tentar não colidir com o ônibus, vejamos:

Testemunha R.C.C.:

> que estava de frente para a rua onde aconteceu o acidente, [...] que viu o ônibus fazendo manobra de conversão à direita, saindo de uma via pública para entrar em outra; [...] que viu o acidente de frente; que na conversão à direita o ônibus ingressou na contramão direcional e ainda não havia saído totalmente da contramão direcional no instante da colisão com a motocicleta; que o motociclista seguia na sua mão direcional quando deparou-se com o ônibus, tentou desviar, mas ainda sim colidiu; [...] que o ônibus fazia a conversão em baixa velocidade e a motocicleta parecia não estar em velocidade excessiva (f. 334).

Testemunha A.R.S.:

> que presenciou a colisão narrada na inicial; [...] que a via onde ocorreu o acidente é de mão dupla; que o ônibus entrava na Rua João Rola fazendo conversão à direita e ingressando num aclive, enquanto a motocicleta descia a Rua João Rola em sua mão direcional; que o motociclista desviou-se ingressando na contramão direcional aparentemente para desviar-se do ônibus que convergia à direita; o ônibus, enquanto convergia ingressou na contramão direcional, tendo o motociclista desviado e ingressado em contramão e abalroado o ônibus (f. 336).

O depoimento da testemunha A.C.A. deve ser visto com ressalva, visto que era e ainda é trocador da empresa ré, mas, mesmo assim, apesar de dizer que só viu depois que tudo aconteceu, afirmou que o condutor do coletivo teve que atingir a contramão para fazer a curva (f. 390).

Ora, claro está que o ônibus, ao efetuar uma conversão à direita, adentrou a contramão direcional, quando atingiu o motociclista, que trafegava em sentido contrário.

Não houve culpa do motociclista, que só atingiu a contramão para tentar se desviar do ônibus que, ao convergir à direita, adentrou a contramão.

O Código de Trânsito Brasileiro é claro ao dispor que o motorista tem que dirigir com cautela, o que implica diminuir a velocidade ou até mesmo parar o seu veículo antes de uma manobra ou conversão, evitando colidir com outro veículo que trafega em sentido contrário em sua mão direcional.

A meu ver, não resta dúvida de que o motorista do ônibus agiu com culpa, devendo a empresa proprietária do veículo arcar com o ressarcimento dos danos causados, pois estão configurados os pressupostos legais inerentes à obrigação de indenizar, quais sejam o ato ilícito, a ação ou omissão culposa, a demonstração do prejuízo e ainda o nexo causal entre a conduta e o resultado lesivo.

Cabe aqui ressaltar que a decisão proferida no Juízo Criminal, absolvendo o réu, não exclui o reexame da culpa e sua configuração no Juízo onde está tramitando o pedido de reparação civil.

O entendimento jurisprudencial orienta:

> Recurso especial. Acidente de trânsito. Ação de indenização julgada procedente. Decisão criminal absolutória. Culpa exclusiva da vítima. Art. 384, IV, do CPP. Ausência de repercussão no Juízo Cível. Inteligência dos arts. 1.525 do CC/16 e 65 do CPP. - Embora tanto a responsabilidade criminal quanto a civil tenham tido origem no mesmo fato, cada uma das jurisdições utiliza critérios diversos para verificação do ocorrido. A responsabilidade civil independe da criminal, sendo também de extensão diversa o grau de culpa exigido em ambas as esferas. Todo ilícito penal é também um ilícito civil, mas nem todo ilícito civil corresponde a um ilícito penal. - A existência de decisão penal absolutória que, em seu dispositivo, deixa de condenar o preposto do recorrente por ausência de prova de ter o réu concorrido para a infração penal (art. 386, IV, do CPP) não impede o prosseguimento da ação civil de indenização. - A decisão criminal que não declara a inexistência material do fato permite o prosseguimento da execução do julgado proferido na ação cível ajuizada por familiar da vítima do ato ilícito. Recurso especial não provido. (STJ - REsp 1117131/SC - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi - T3 - Terceira Turma - j. em 1°.06.2010 - publ. no *DJe* de 22.06.2010.)

> Não constitui óbice ao reconhecimento da responsabilidade civil o fato de ter o causador do dano sido absolvido no juízo criminal (1° TACSP - 2ª C. - Ap. - Rel. Rangel Dinamarco - j. em 29.04.81). Cf. em *RT* 562/146.

Reconhecida a responsabilidade imputada à ré, cuja obrigação de indenizar é latente, cabe analisar o valor das indenizações fixadas.

Quanto ao valor dos danos morais, fixados na sentença em R$ 40.000,00, sendo metade para a primeira apelante e metade para os demais autores, os apelantes pretendem sua redução, por entendê-lo exorbitante.

O arbitramento da indenização por danos morais, apesar de se orientar por alguns parâmetros - grau de culpabilidade, gravidade do dano, capacidade econômica das partes -, depende de determinado grau de subjetividade do julgador, que, certamente, deve-se pautar pela observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Todavia, somente nas hipóteses de eventual abusividade ou aviltamento é que se deve reformar a decisão de primeiro grau, o que não está caracterizado na sentença recorrida, mesmo porque o valor fixado não é exorbitante, tendo em vista as sequelas do acidente, com a perda precária do marido e pai dos autores.

O valor total da indenização não se presta a configurar enriquecimento ilícito, tampouco é exacerbado a ponto de merecer redução ou inviabilizar o próprio pagamento.

Uma vez mantida a condenação no ressarcimento dos danos morais, cabe analisar o termo inicial dos juros, questionados no segundo recurso, da denunciada G., que pretende a sua incidência a partir do trânsito em julgado da decisão.

Até a data da sentença não havia um valor devido pela ofensa moral, como acontece com os danos materiais, que ocorrem quando do fato, daí por que, neste último caso, a correção monetária incide a partir do efetivo prejuízo, enquanto que os juros a partir da citação.

Mas o valor da indenização pelo dano moral passou a existir quando da decisão que o deferiu, pelo que a sentença recorrida merece reforma, nessa parte, para que os juros incidam a partir da sua prolação.

Nesse sentido, os seguintes arestos:

> [...] 4. Com relação aos danos materiais, tanto a correção monetária, como os juros moratórios serão calculados a partir da data do sinistro, a teor das Súmulas 43 e 54 do eg. Superior Tribunal de Justiça. 5. Com relação aos danos morais, a correção monetária e os juros incidirão a partir da data da sentença. (TAPR - AC 0265515-8 - (211552) - Dois Vizinhos - 9ª C.Cív. - Rel. Juiz Wilde Pugliese - *DJPR* 27.08.2004.)

> Embargos infringentes. Ação de indenização. Dano moral. Atualização monetária. Juros de mora. Incidência a partir da publicação do acórdão. Não aplicação ao caso das Súmulas 43 e 54 do STJ. - A indenização por danos morais difere das demais indenizações, visto que os valores fixados no acórdão que a reconhece já se encontram devidamente atualizados e com a inclusão dos devidos juros, sendo assim não se aplicam ao caso as Súmulas 43 e 54 do STJ. (TAMG - EI 393021-4/01 - Rel. Juiz Unias Silva - j. em 05.02.2004.)

> Civil e processual. Indenização a título de danos morais. Alteração do valor. Omissão a respeito do termo inicial da correção monetária e dos juros de mora. Inexistência - I. Na indenização por dano moral, o termo inicial da correção monetária é a data em que o valor foi fixado, portanto, no caso, a data do julgamento procedido pelo STJ. II. Mantidos os juros moratórios na forma como estabelecidos na instância ordinária, eis que tal questão não era objeto do recurso especial. III. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, improvido este. (STJ - AGA 560792 - RS - 4ª T. - Rel. Min. Aldir Passarinho Junior - *DJU* de 23.08.2004 - p. 247.)

Quanto aos danos materiais, na modalidade de pensão mensal, a decisão recorrida também merece pequena reforma.

Está provado nos autos que a vítima era casada com a primeira autora e pai dos outros dois autores, sendo que aquela se qualificou como "do lar" e estes são menores impúberes. É, portanto, evidente a dependência econômica dos autores em relação à vítima.

Indiscutível, por força da legislação civil, que os pais têm o dever de contribuir economicamente para a manutenção dos filhos menores.

A compensação pelo dano de natureza material se destina a suprir o auxílio que o falecido prestava ou tinha o dever de prestar à família, principalmente aos filhos menores.

Contudo, apesar de ser incontroverso que o pai presta auxílio financeiro aos filhos menores, também é de se presumir que gastava 1/3 dos seus ganhos com a sua própria mantença.

Se não comprovado nos autos os ganhos do falecido, a indenização material, a ser paga através de pensão mensal, deverá corresponder a 2/3 do salário mínimo, até que os filhos completem 25 anos de idade, quando se presume que tenham capacidade para se autossustentar, ou se casem, o que ocorrer primeiro, e à esposa até que a vítima completasse 65 anos de vida.

> Indenização por danos morais e materiais. Acidente de veículo. Invasão da contramão direcional. Morte de pai e marido. Majoração dos danos morais. Cabimento. Danos materiais. Pensão mensal. Ausência de provas do valor do rendimento da vítima. Critérios. 13º salário. Não incidência. Ausência de prova do vínculo empregatício. Constituição de capital. Art. 602 do CPC. Obrigatoriedade. Denunciação da lide. Condenação da denunciada em honorários advocatícios. Compensação DPVAT. Ausência de comprovação de recebimento. impossibilidade. Honorários advocatícios. Art. 20, § 5º, CPC. [...] Inexistindo comprovação nos autos do montante percebido mensalmente pelo lesado a título de rendimentos, a pensão deve ser arbitrada em um salário mínimo, deduzido de um terço, sendo este o importe que deve prevalecer, pois presume-se que nenhum trabalhador possa auferir renda menor. - Não havendo prova efetiva de que a vítima do acidente trabalhava sob o regime de vínculo empregatício, não há como se estender a aludida contribuição aos demais encargos de natureza salarial, como é o caso do 13º salário. [...] (TJMG - AC 1.0394.00.010361-1/001 - Numeração única: 0103611-17.2000.8.13.0394 - Rel. Des. Irmar Ferreira Campos - j. em 12.06.2008 - publ. em 08.07.2008.)

Cabe aqui ressaltar que o Ministério da Previdência e Assistencial Social divulgou como sendo de 69 anos a expectativa média de vida dos brasileiros, parâmetro que venho adotando nesta Casa.

Entretanto, a sentença recorrida fixou o termo *a quo* em 65 anos de vida da vítima e não houve recurso dos autores, devendo prevalecer o que lá ficou consignado.

A propósito:

> Responsabilidade civil. Contrato de transporte. Passageiro de trem prensado pela porta no vagão ao nele pretender ingressar. Início da execução do contrato. Culpa presumida da estrada de ferro. [...]. 3. expectativa de vida da vítima fixada, por maioria de votos, em 69 anos, de conformidade com tabela do Ministério da Previdência e Assistência Social. Recurso especial conhecido e provido, parcialmente. (STJ - REsp 37765-RJ - Rel. Min. Barros Monteiro - 4ª T. - j. em 11.10.1993 - *DJ* de 28.02.1994 - p. 2.893.)

> Apelação cível. Ação indenizatória - [...] A pensão devida em razão do falecimento do genitor deve ter como termo final a data em que o filho completar 25 anos de idade, porquanto, a partir daí, presume-se que exercerá atividade laboral própria e/ou constituirá família (AC 1.0433.01.033566-2/001, Rel. Afrânio Vilela, j. em 07.05.2008, p. em 31.05.2008).

A parcela atinente ao 13º salário, se inexiste comprovação de que a vítima trabalhava mediante vínculo empregatício, à luz da CLT, é indevida.

Cito os seguintes julgados a embasar o entendimento aqui manifestado:

> Apelação cível. Ação de reparação por danos materiais e morais. Acidente de trânsito. Morte. Boletim de ocorrência e laudo pericial. Presunção de veracidade. Culpa demonstrada. Indenização. *Quantum*. Lucros cessantes. Pensão mensal. Filha menor. 13º salário. Não incidência. [...] Não havendo prova, efetiva, de que a vítima do acidente trabalhava sob o regime de vínculo empregatício, não há como se estender a aludida contribuição aos demais encargos de natureza salarial, como é o caso do 13º salário. A denunciação da lide dá causa a processo secundário, e a derrota do denunciante importa na do denunciado. Assim, os ônus da sucumbência devem ser suportados pelo denunciante na lide principal e denunciado na secundária. (Apelação nº 1.0220.06.002072-8/001 - TJMG - Relator: Desembargador José Flávio de Almeida - Publicação: 02.02.2008.)

> Indenização. Acidente de trânsito. Falecimento de pai e mãe dos autores. Culpa prevalente do preposto que invadiu a contramão de direção. Vítima embriagada e inabilitada. Ausência de nexo com o sinistro. Ressarcimento devido. Pensionamento. Danos morais. Desconto seguro DPVAT. [...] O fato de não terem os autores comprovado o desempenho pela mãe de atividade profissional fora do lar não impede a fixação de pensão, por seu falecimento, pois até mesmo o trabalho doméstico tem valor econômico aferível e deve ser ressarcido; e, em face da inexistência de prova de rendimentos das vítimas, deve a pensão ser estabelecida em um salário mínimo, para cada um dos pais dos requerentes, deduzido ainda para cada um deles 1/3 do valor percebido, a título de despesas pessoais. O 13º salário, quando incomprovada a relação empregatícia e a condição de assalariado dos falecidos, não pode ser incluído entre as verbas indenizatórias. [...] (TJMG - AC 1.0153.04.033578-5/001 - Numeração única: 0335785-03.2004.8.13.0153 - Rel. Duarte de Paula - j. em 15.06.2009 - publ. em 27.07.2009.)

Pretendem ainda os apelantes a exclusão da condenação com relação às despesas de funeral, ao fundamento de que o seguro DPVAT cobre tais despesas.

As despesas com funeral estão comprovadas às f. 31/34 e não houve, a respeito, impugnação específica da parte contrária, devendo prevalecer os montantes indicados nas respectivas notas.

O seguro obrigatório visa garantir a vítimas de acidentes causados por veículos indenizações em caso de morte e invalidez permanente, e o reembolso de despesas médicas.

O seguro DPVAT cobre danos pessoais, de natureza securitária, que diverge da indenização material pretendida neste feito, reembolso de despesas com funeral, de modo que não há que se falar em desconto na indenização a título de abatimento do valor gasto.

Por outro lado, quanto ao pedido de dedução do valor fixado na indenização do seguro obrigatório DPVAT, é ele devido nos termos da Súmula 246 do STJ: "O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada".

Por outro lado, para que ocorra tal dedução, mister comprovar que referido seguro foi pago.

Nesse sentido os seguintes arestos:

> Apelações cíveis. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Responsabilidade civil da proprietária do automóvel pelo ato ilícito. Culpa demonstrada. Reparação dos danos que se impõe. Pedido de abatimento do valor do seguro obrigatório. Abatimento descabido, desde que a vítima não recebeu o DPVAT. Lucros cessantes. Prova insegura quanto à incapacidade da vítima, quanto a ter deixado de trabalhar e de ganhar e quanto aos ganhos. Indenização a este título descabida. Recursos improvidos. - Diante do conflito probatório, cabe ao magistrado, que tem contato direto com as provas, extrair a versão convincente. Havendo ele indicado, objetivamente, porque escolhe uma versão em detrimento da outra, sem que sua conclusão seja desconstituída, prevalece o que decidiu. A dedução do valor do seguro obrigatório da indenização judicialmente fixada só se justifica se a vítima o tiver recebido. [...] (TJMS - AC 2003.001630-9/0000-00 - Campo Grande - 1ª T. Cív. - Rel. Des. Jorge Eustácio da Silva Frias - j. em 02.03.2004.)

> Ação de indenização. Acidente de trânsito - [...] Resguardado o direito de proceder-se à dedução dos valores recebidos a título de seguro DPVAT, condicionando-se tal abatimento à comprovação de que a família da vítima percebeu ditos valores. Recurso parcialmente provido. (TAPR - AC 0229850-6 - (210120) - Umuarama - 10ª C. Cív. - Rel. Juiz Lauri Caetano da Silva - *DJPR* de 20.08.2004.)

> Responsabilidade civil em acidente de trânsito. Fato de terceiro. Não comprovação. [...] Desconto do seguro obrigatório. DPVAT. Impossibilidade. Ausência de prova relativa ao recebimento por parte dos beneficiários. - Impossibilita-se o abatimento relativo ao seguro obrigatório DPVAT, quando não comprovado o recebimento de tal parcela pelos beneficiários. Inaplicabilidade da Súmula 246 do STJ, no caso concreto. [...] (TJRS - AC 70007513674 - 12ª C.Cív. - Rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro - j. em 04.12.2003).

Coerente com o entendimento acima, e visto que nos autos não há comprovação do pagamento do seguro DPVAT, não acolho os recursos, também nessa parte.

No que diz respeito à constituição de capital e multa pelo seu descumprimento, sustenta a primeira apelante a sua impossibilidade ou, alternativamente, a sua substituição pela inclusão em folha de pagamento.

O art. 475-Q do CPC dispõe:

> Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

Consagrando tal entendimento, foi editada pelo Superior Tribunal de Justiça a Súmula 313, do seguinte teor:

> Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado.

E o § 2º do artigo citado dispõe:

> O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.

Entretanto, o entendimento mais recente do STJ, em sua maioria, é no sentido de que não é possível substituir a constituição de capital pela inclusão de folha de pagamento, ainda que se trate de concessionária de serviço público:

> Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso especial. Responsabilidade civil. Concessionária de serviço público. Morte de menor. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Culpa concorrente. Inadmissibilidade. Pensionamento dos pais. Possibilidade. Constituição de capital. Precedentes. Danos morais. Valor razoável. [...] V - Em face da realidade econômica do País, que não mais permite supor a estabilidade, longevidade e saúde empresariais, de modo a permitir a dispensa de garantia, a Segunda Seção deste Tribunal, no julgamento do Recurso Especial nº 302.304/RJ pacificou posição, afirmando a impossibilidade da substituição de capital, prevista na lei processual civil, pela inclusão do beneficiário de pensão em folha de pagamento. [...] (STJ - AgRg no Ag 688871/GO - Rel. Min. Paulo Furtado - T3 - Terceira Turma - j. em 27.10.2009 - publ. no *DJe* de 26.11.2009.)

> Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Incapacidade total e permanente. Dano moral. Majoração. Possibilidade. Valor ínfimo. Constituição de capital. Substituição. Desconto em folha de pagamento. Inaplicabilidade. Súmula 313/STJ. Juros moratórios. Termo inicial. Evento danoso. Enunciado nº 54 da súmula desta Corte. Agravo regimental a que se nega provimento. Aplicação da multa do art. 557, § 2º, do CPC. [...] 2. Súmula 313/STJ. Aplicabilidade. Constituição de capital ou caução fidejussória: Correto o decisório agravado quando afirma que 'não subsiste razão para a substituição da constituição de capital garantidor pela inclusão em folha de pagamento', e determinar, nos termos da Súmula 313/STJ que a empresa agravante preste caução fidejussória ou constitua capital necessário à garantia do pagamento da pensão fixada. [...] (STJ - AgRg no REsp 617219/RJ - Rel. Min. Luis Felipe Salomão - Quarta Turma - j. em 18.08.2009 - publ. no *DJe* de 02.09.2009).

No que diz respeito à multa aplicada pela douta Juíza da causa, em função da não constituição de capital, entendo que deve ser mantida.

Certo é que a finalidade da multa é preventiva e repressiva com relação à mora daquele sobre quem recai a obrigação de fazer.

Por outro lado, a multa tem também a finalidade de obrigar a parte a cumprir a determinação judicial, que não foi lançada nos autos apenas para enfeitar.

A multa diária, pela não constituição do capital que garanta o pagamento da pensão, é arbitrada não só em favor do beneficiário - que poderá executá-la - como em homenagem à própria Justiça, para que não sejam desobedecidas suas determinações.

Assim, não há que se modificar a sentença, também nesse aspecto.

Quantos aos honorários advocatícios, da lide principal, a julgadora assim decidiu:

> As custas processuais e os honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) do valor da condenação, nos termos do § 5º do art. 20 do Código de Processo Civil, serão suportados pela ré, apurados em liquidação de sentença.

Nesse ponto, a sentença também merece pequena reparação, visto que o entendimento jurisprudencial é de que não se aplica, ao caso, o § 5º do art. 20 do CPC. Vejamos as anotações de Theotônio Negrão, em sua obra *CPC e legislação processual em vigor*, 42. ed. Editora Saraiva - p. 148/149:

> O art. 20, § 5º, não se aplica às hipóteses de responsabilidade objetiva (p. ex., ato de preposto: *RSTJ* 93/254, STJ-*RT* 737/207) e de culpa contratual (*RTJ* 94/1.294, 95/455, 95/1.342, 95/1.379, 101/1.314, 111/1.251, STF-*RT* 545/264 e 550/222, *RSTJ* 19/348, 136/386), nem à ação de indenização, por acidente no trabalho, com base no direito comum (*RTJ* 115/741; neste sentido: STF-*RT* 631/262).

> Em todos estes casos, a verba honorária se calcula sobre a soma das prestações vencidas, mais doze das vincendas (*RSTJ* 19/348, 51/222 - contrato de transporte, 63/212 - contrato de transporte; 134/351 - locação de serviços), e ainda, se for o caso, sobre 'os valores correspondentes aos danos emergentes (despesas funerárias) e aos danos morais' (STJ-4ª T., REsp 254.922, Min. Ruy Rosado, j. 03.08.00, *DJU* de 11.09.00).
>
> Assim, os honorários devidos pelo preponente, condenado a pagar indenização por culpa do preposto, devem ser calculados em percentual sobre a soma dos valores das prestações vencidas, mais um ano das vincendas, não se aplicando o § 5º do art. 20 do CPC (STJ-Corte Especial: *RSTJ* 158/17, dois votos vencidos).

A sentença deve ser reformada para que a verba honorária incida sobre a soma dos valores das prestações vencidas, mais um ano das vincendas, conforme requerido no primeiro recurso da ré.

O percentual da verba honorária foi fixado dentro dos padrões da legalidade, tendo a ilustre Juíza singular bem analisado as situações previstas no art. 20, § 3º, do CPC, e se revela justo a remunerar o labor desenvolvido pelo patrono dos autores.

Os honorários não sofrem a limitação prevista no art. 11, § 1º, da Lei 1.060/50, pois que o procurador não faz parte do quadro da Defensoria Pública (os honorários seriam destinados ao Estado), já que ele não presta assistência judiciária, mas justiça gratuita, daí por que seus honorários são estipulados segundo as diretrizes previstas no art. 20, §§ 3º ou 4º, do CPC.

Por fim, resta analisar o pedido constante dos recursos das denunciadas para exclusão da condenação em honorários advocatícios, ao fundamento de que não houve resistência à denunciação.

Com razão as apelantes denunciadas.

Relativamente ao instituto da denunciação da lide, se a denunciada não contesta a sua responsabilidade para o caso de procedência da ação principal, não se justifica sua condenação em honorários advocatícios na lide secundária.

Aquele que estiver obrigado, por contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda, desde que denunciado da lide e não nega a denunciação, assumindo sua condição de responsável pelo regresso nos limites da apólice, estando a atuar de acordo com o denunciante, obviamente, não deve suportar condenação para pagar honorários advocatícios.

Por todo o exposto, dou parcial provimento ao primeiro recurso, da ré V.C.Ltda., para fixar a pensão mensal devida aos autores apelados, no valor de 2/3 do salário mínimo, excluindo o 13º salário e, mantendo o percentual fixado na sentença, determinar que a verba honorária devida aos patronos dos autores incida sobre as prestações vencidas e uma anuidade das vincendas.

Custas do primeiro recurso, na proporção de 80% pela ré apelante e 20% pelos autores apelados, observadas, quanto a estes, as prerrogativas da Lei 1.060/50.

Dou parcial provimento ao segundo recurso, da denunciada G.B.C.N.S., para fixar a pensão mensal devida aos autores apelados, no valor de 2/3 do salário mínimo, fixar o termo *a quo* de incidência dos juros de mora, em relação aos danos morais, como sendo a data da prolação da sentença, bem como para excluir da sua condenação o pagamento de honorários à denunciante.

Custas deste recurso, na proporção de 70% pela apelante, 10% pelos autores apelados, observados os ditames da Lei 1.060/50, e 20% pela ré denunciante.

Dou parcial provimento ao terceiro recurso, da denunciada IRB-B.R.S.A., para fixar a pensão mensal devida aos autores apelados, no valor de 2/3 do salário mínimo e para excluir da sua condenação o pagamento de honorários à denunciante.

Custas deste recurso, na proporção de 50% pelos autores apelados, que litigam sob os benefícios da justiça gratuita, e 50% pela ré denunciante, tendo em vista que a apelante ficou vencida apenas na parte que pretendia a redução dos danos materiais, relativos ao reembolso das despesas com funeral.

Apelação adesiva.

Alega a denunciada I.S.S.A. inicialmente que seu pedido de litigar sob o pálio da justiça gratuita não foi analisado em primeira instância, mas cabe a análise nesta instância em observância ao princípio de celeridade e economia processual.

Assinalo que o pedido de justiça gratuita, mesmo quando formulado antes da sentença e não analisado pelo Juízo de primeiro grau, pode ser deferido em segundo grau de jurisdição, desde que requerido pela parte interessada.

Nesse sentido já se manifestou este Tribunal de Justiça:

> Ação de busca e apreensão. Pedido de justiça gratuita. Não apreciação na sentença. Pleito reiterado nos embargos declaratórios. Omissão. Preenchimento dos requisitos da Lei 1.060/50. Possibilidade de concessão na segunda instância. Apuração de crédito em favor do devedor. Restituição devida. - Havendo possibilidade de a justiça gratuita ser requerida - e deferida - em qualquer tempo e grau de jurisdição, deve a benesse ser concedida na segunda instância se presentes os requisitos da Lei 1.060/50. - Existindo a apuração de crédito em favor do devedor, deve a referida quantia ser restituída a ele de plano, máxime quando o credor o reconhece e requer autorização para depositá-lo em benefício daquele. (Apelação Cível nº 2.0000.00.490228-3/000, relatada pelo Desembargador Fernando Caldeira Brant.)

A afirmação da apelante adesiva de que não está em condições de arcar com as custas e demais ônus do processo, por se encontrar em liquidação extrajudicial, sendo evidente que seu passivo é muito superior ao ativo, é suficiente para o deferimento da Justiça gratuita

requerida em sede de contestação e renovada no apelo aviado.

Logo, considerando que a S.I. se encontra em liquidação extrajudicial compulsória, defiro-lhe a justiça gratuita, com efeitos retroativos.

Feitas essas considerações, conheço do seu recurso.

No mérito, a única pretensão é a exclusão da sua condenação no pagamento de honorários advocatícios ao patrono da denunciante, já que não houve resistência à denunciação.

A matéria já foi analisada quando do julgamento das apelações das outras duas denunciadas, obtendo sucesso o apelo nessa parte.

Assim, dou provimento ao apelo adesivo para excluir da condenação o pagamento de honorários ao patrono da denunciante.

Custas deste recurso, pela apelada denunciante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOTA E SILVA e ARNALDO MACIEL.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS 1º, 2º E 3º RECURSOS E DERAM PROVIMENTO INTEGRAL AO RECURSO ADESIVO.

...

Ação demolitória - Construção erguida a menos de metro e meio do lote vizinho - Proprietário do imóvel lindeiro - Prazo para reclamar - Inércia - Inadmissibilidade - Servidão aparente - Configuração

Ementa: Demolitória. Construção de janelas na divisa do lote vizinho. Servidão.

- Autores que construíram, há mais de trinta anos, janelas edificadas na linha divisória entre os terrenos.

- Hipótese que configura a chamada servidão aparente.

- Situação que se manteve consolidada durante décadas, pois o réu/lindeiro não se opôs à construção no prazo de ano e dia, gerando aos autores a aquisição, pelo decurso do tempo, da servidão de luz e ar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.098081-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: R.M.R. e sua mulher A.L.S. - Apelados: Z.C.C. e seu marido M.R.S. - Relator: DES. MOTA E SILVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes, 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, 5 de abril de 2011. - *Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOTA E SILVA - Os autores, ora apelados, Z.C.C. e M.R.S., ingressaram com a presente ação contra o apelante, R.M.R., visando à demolição da obra realizada ao lado de sua residência, com base no parágrafo único do art. 1.277 e art. 1.301 do Código Civil, ao fundamento de que a construção de uma parede vedou a claridade, pois fica a menos de metro e meio e está prejudicando a ventilação e entrada de ar. Os autores/apelados requereram ainda a condenação do réu/apelante ao pagamento de uma indenização por danos morais em valor não inferior a 20 (vinte) salários mínimos, em face do alegado prejuízo.

Na audiência de tentativa de conciliação, o MM.Juiz de Direito da 3ª Vara Regional do Barreiro, Delvan Barcelos Júnior, com fundamento no art. 10 e parágrafo único do art. 47 do CPC, determinou a citação da esposa do réu/apelante, A.L.S. (f. 52), proprietária do imóvel (f. 36), que passou a figurar no polo passivo da ação.

Ao proferir a sentença o MM. Juiz *a quo* considerou que o levantamento da parede pelos réus caracteriza violação à servidão aparente, embora possam construir até a divisa desde que garantida a luminosidade e a ventilação dos basculantes existentes no imóvel dos autores. O pedido de indenização por danos morais não foi acolhido ao fundamento de que, se estes foram causados à filha dos autores e como ela não integra a relação processual, "nada a deferir". Ao final o pedido foi julgado parcialmente procedente para determinar aos réus que, no prazo de 30 (trinta) dias a contar do trânsito em julgado da sentença, promovam a demolição da parede e respectiva laje de forro que vedou a entrada de claridade e ar nos basculantes existentes na divisa do imóvel com os autores, sob pena de multa diária no valor de R$100,00 (cem reais) até o cumprimento da obrigação. Em face da sucumbência recíproca, as partes foram condenadas ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios devidos por cada uma delas aos patronos da parte *ex adversa* em R$3.000,00 (três mil reais), suspensa a exigibilidade por estarem litigando sob o pálio da assistência judiciária (f. 271/276).

Inconformados, os réus apresentaram o presente recurso de apelação. Através das razões recursais (f. 278/292), após um extenso resumo de todo o

processo, os réus pretendem a reforma da sentença alegando, em síntese, que a decadência do direito de pedir a demolição da obra irregular realizada pelos autores, isto é, dos basculantes e janelas na divisa, não faz surgir qualquer tipo de servidão de luminosidade e ar em favor deles. Aduzem que o parágrafo único do art. 1.302 do Código Civil é expresso em afirmar que, decaído o prazo para a ação demolitória, em caso de vãos ou aberturas para luz, poderá o vizinho prejudicado com a obra irregular, a todo tempo, erguer a sua edificação ou contramuro, ainda que vede o acesso de claridade. Colacionam farta jurisprudência que entendem a seu favor e requerem o provimento do recurso.

Os autores apresentaram contrarrazões pugnando pela manutenção do r. comando decisório (f.330/336).

Os autos foram baixados em diligência para que fosse certificada a data da intimação da Defensoria Pública (f. 343), o que foi cumprido (f. 348).

É o relatório.

Conheço do recurso porque regular e tempestivamente aviado, constatados os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade recursal.

As partes do processo são vizinhas. Os apelados construíram sua casa há mais de 30 (trinta) anos, com janelas rentes à divisa dos terrenos. As fotografias (f.13) bem demonstram a localização das aberturas. Segundo alegaram na inicial, a construção da casa com as janelas rentes à divisa teve como objetivo a iluminação e a ventilação. E as referidas janelas jamais foram contestadas pelo vizinho.

Ocorre que os apelantes levantaram um muro rente à parede em que se encontram as janelas.

É verdade que as janelas abertas pelos apelados não respeitaram o limite de um metro e meio do terreno vizinho. O Código Civil de 1916, diploma legal vigente à época da construção, era claro ao mencionar que

> O proprietário pode embargar a construção do prédio que invada a área do seu, ou sobre este deite goteiras, bem como a daquele, em que, a menos de metro e meio do seu, abra janelas, ou se faça eirado, terraço ou varanda.

O art. 576 do CC de 1916 era inequívoco ao estabelecer que

> O proprietário que anuir em janela, sacada, terraço, ou goteira sobre o seu prédio só até o lapso de ano e dia após a conclusão da obra poderá exigir que se desfaça.

Ainda que os apelados, à época, não tenham observado a legislação vigente, já que abriram janelas a menos de metro e meio do terreno lindeiro, forçoso reconhecer que os apelantes nunca se opuseram àquela construção.

Vale dizer, não ingressaram, no tempo adequado, com a ação necessária para impedir a abertura das janelas, permitindo, ante a sua inércia, que a situação fática se consolidasse, já que a abertura das janelas ocorreu há mais de três décadas.

Nesse contexto, inegável que a situação consolidada gerou aos apelados a aquisição, pelo decurso do tempo, da servidão de luz e ar.

A servidão aparente, como consta na sentença, é aquela perceptível ao olhar, que se manifesta por sinais exteriores. E é justamente isso que ocorre no caso em exame, já que a abertura das janelas, irrefutavelmente, constitui-se em fato externo, perceptível ao público.

Sendo assim, incide, no caso, o disposto no art. 1.379 do Código Civil de 2002, em correspondência ao art. 698 do Código Civil de 1916, que estabelece que

> O exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por 10 (dez) anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado a usucapião.

Essa conclusão é lógica, em perfeita consonância com o fato de a lei ter previsto um prazo ao proprietário do imóvel lindeiro para reclamar da construção erguida a menos de metro e meio.

A servidão tem natureza jurídica de direito real sobre a coisa alheia imóvel, impondo um ônus a um bem em proveito de outro. E, por ser um direito real, pode vir a ser adquirido pela usucapião, como no caso em tela, em que os apelados - titulares do prédio dominante - utilizaram a iluminação e a ventilação decorrentes da janela durante longo espaço de tempo, de forma ostensiva, autorizando-os a adquirir a servidão pela usucapião. Ainda que não se reconhecesse a usucapião - que não é o caso -, haveria de se conceder a proteção possessória, o bastante à procedência da ação.

Vale, aqui, a regra geral de que o dono do prédio serviente não poderá embaraçar de modo algum o exercício legítimo da servidão. E não ultrapassa a constatação de que, em não deferindo a proteção, irreparável será o dano aos apelados. Ainda, inegável que o tempo é valor importante na vida das pessoas, sendo capaz de consolidar fatos e gerar direitos, o que, *ultima ratio*, aqui se reconhece.

No mesmo sentido:

> Transcurso exagerado do lapso de ano e dia. Demolitória. Inadmissibilidade. Servidão caracterizada. - Se as janelas de um prédio foram abertas há mais de vinte anos, sendo fundamentais para a claridade e arejamento de dormitório e banheiro, não pode o vizinho edificar, na divisa, muro que as vede completamente, pois tal situação configura, em favor do outro, decorrido o lapso de ano e dia, verdadeira servidão, a impedir tal construção. (*JTACivSP* 173/395) (Comentário ao artigo 1.302 do Código Civil. NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 910.)

Com tais considerações, nego provimento ao recurso de apelação interposto pelos réus e mantenho a sentença de 1° grau.

Custas recursais, pelos apelantes. Suspensa a exigibilidade por estarem litigando sob o pálio da assistência judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ARNALDO MACIEL e GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Internet - Provedor de acesso - Serviço de valor adicionado - ICMS - Não incidência - Súmula 334 do STJ - Arts. 60 e 61 da Lei 9.472/97 - Serviço de telecomunicação - Exclusão - Mandado de segurança - Concessão da ordem

Ementa: Mandado de segurança. ICMS. Serviços. Provedores de acesso internet. Não incidência. Súmula 334 do Superior Tribunal de Justiça. Arts. 60 e 61 da Lei nº 9.472/97. Serviço de valor adicionado. Serviço de telecomunicações. Exclusão expressa.

- Os provedores de acesso à internet disponibilizam aos seus clientes equipamentos e *softwares* necessários à utilização do sistema, agindo como facilitadores dos usuários, de sorte que usuário e provedores de acesso são, na verdade, tomadores do serviço de comunicação, e não prestadores do serviço. Dessarte, tem-se que o serviço prestado pelos provedores de acesso não se insere no conceito de serviço de comunicação, mas sim naquele que utiliza como apoio referido serviço de comunicação ou de telefonia. Ou seja, o serviço prestado pelos provedores de acesso não se subsume ao fato gerador do ICMS. Pela simples leitura dos arts. 60 e 61 da Lei nº 9.472/97, tem-se que a atividade desenvolvida pelos provedores de acesso deve ser classificada como serviço de valor adicionado, excluído, expressamente, do conceito de serviço de telecomunicações.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.08.481721-2/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: A.B.P.S.C. - Autoridade coatora: Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais - Relator: DES. BRANDÃO TEIXEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda o 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Roney Oliveira, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 4 de maio de 2011. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela autoridade coatora, a Dr.ª Shirley Daniel de Carvalho .

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - O presente feito versa sobre mandado de segurança impetrado pela A.B.P.S.C.M, em face de ato tido por ilegal e abusivo imputado ao Secretário de Estado de Fazenda de Minas Gerais, que extinguiu o processo sem resolução do mérito, determinando sua baixa.

A impetrante pleiteia liminar para ordenar a suspensão, até o julgamento final deste mandado de segurança, de toda e qualquer exigência a título de ICMS, em face dos serviços de acesso à internet.

Na peça inicial desta ação constitucional, argumentou-se: a impetrante possui como associados vários provedores de acesso à internet, sediados no Estado de Minas Gerais e diretamente interessados no presente feito; a impetrante é associação civil sem fins lucrativos, criada com o fito de proteger interesses das empresas de serviços de comunicação multimídia e serviços de valor adicionado; a atuação da impetrante será voltada para os interesses das empresas de serviço de valor adicionado, principalmente para as empresas de provimento de acesso à internet, que estão sendo coagidas ao recolhimento de ICMS sobre os serviços de acesso à internet; o Convênio Confaz 69/98 e o Decreto nº 43.080/2002 se chocam com a CR/88, o CTN, a LC 87/96, a Lei Geral de Telecomunicações, nº 9.472/97, e com toda a doutrina e jurisprudência; os serviços de acesso à internet, considerados serviços de valor adicionado, não constituem serviços de telecomunicações ou comunicação, sendo o provedor mero usuário da infraestrutura de telecomunicações, o que afasta a hipótese de incidência do ICMS; a Resolução nº 73/98 da Anatel, esclarece que os serviços de valor adicionado não constituem serviços de telecomunicações; a Súmula 334 do STJ prevê que o ICMS não incide no serviço de provedores de acesso à internet.

A liminar restou deferida, em parte, para possibilitar ao Estado de Minas Gerais constituir o crédito tributário de ICMS sobre os serviços de provedores de internet dos associados da impetrante, ficando, porém, suspensa a sua exigibilidade (f. 91-TJ). O fundamento da liminar recursal era não impedir a constituição do crédito tributário, mas a declaração de sua inexigibilidade, que,

provisoriamente, trará os mesmos efeitos práticos para os associados da impetrante, que permanecerão sem a obrigação de pagar o ICMS, assim como ocorreria caso se deferisse liminar ordenando a não incidência.

O Secretário de Estado de Fazenda de Minas Gerais, autoridade tida como coatora, prestou informações às f. 101/115 dos autos. Arguiu, em preliminar, sua ilegitimidade passiva e que o *writ* estaria sendo dirigido contra lei em tese. No mérito, sustentou a legitimidade da incidência do ICMS sobre os serviços de acesso à internet. Sustentou, em síntese, que o art. 61 da Lei Federal n° 9.472/1997, que dispõe sobre serviço de valor adicionado como sendo a atividade que acrescenta a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações afronta o art. 146, III, *a*, da CF/88, uma vez que somente lei complementar pode definir o fato gerador do ICMS. Que o conceito amplo, constante da Lei Complementar n° 87/96, não se coaduna com a forma restritiva da LGT. Que "comunicação" não é conceito de direito privado para que se cumprisse o disposto no art. 110 do CTN. Que a legislação estadual, assim como a LC 87/96 e a CF/88 não fazem qualquer ressalva a quais serviços de comunicação seriam tributados pelo ICMS, mas, ao contrário, se referem à incidência do ICMS sobre "serviços de comunicação de qualquer natureza, por qualquer meio" (f. 109). Por fim, colacionou julgados deste Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da ilustre Procuradora de Justiça Fé Fraga França, opinou pela rejeição das preliminares e pela concessão da segurança (f. 118/125).

O Estado de Minas Gerais, por sua vez, peticionou nos autos requerendo que a impetrante declinasse o nome das empresas associadas, com indicação do respectivo endereço, CNPJ e inscrição estadual (f. 127).

Determinada a intimação da impetrante, esta apresentou às f. 151/154 o rol dos associados sediados no Estado de Minas Gerais.

Às f. 158/173, acórdão proferido por este Grupo de Câmaras, no sentido de se submeter a espécie à arguição de inconstitucionalidade.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 184/192 pelo não conhecimento do incidente.

Em acórdão de f. 196/203, a Corte Superior deste Sodalício, acolhendo a preliminar suscitada pelo Ministério Público, julgou irrelevante o incidente.

Às fls., petição juntada pelo Estado de Minas Gerais pugnando pela reconsideração da decisão que julgou a questão relativa à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

É o relatório. Decido.

As questões relativas às preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam* e de via inadequada já foram devidamente examinadas e julgadas no v. acórdão de f. 158/173, não cabendo, pois, na espécie, reconsideração da decisão. Certo é que, insatisfeito com a decisão, competiria ao impetrado a interposição do recurso processual cabível ao caso.

Por sua vez, a matéria suscitada pela impetrante, concernente à arguição de inconstitucionalidade, apesar de ter sido submetida à Corte Superior desse Tribunal, fora julgada irrelevante.

Fundamentou-se, baseado no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou expressamente a respeito da matéria em comento em diversos recursos extraordinários, decidindo pela inviabilidade destes, ao fundamento de existir apenas afronta reflexa à Constituição (*sic*, f. 198).

Portanto, ultrapassada a questão atinente à inconstitucionalidade da matéria em comento, impõe-se o julgamento do mérito do presente *mandamus*.

Mérito.

O cerne da questão trazida a julgamento cinge-se a se aferir a licitude ou não da incidência do ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso à internet.

Para tanto, torna-se imprescindível saber se o serviço de acesso à internet é ou não serviço de comunicação, visto que a Constituição Federal de 1988 dispõe no seu art. 155, inciso II, que, sobre a prestação de serviços de comunicação, deve incidir o imposto sobre circulação de mercadorias.

Ressalto que o conceito constitucional de comunicação, nesse caso, é totalmente restrito, por envolver apenas o serviço de comunicação. Ou seja, o fato gerador do ICMS sobre serviços de comunicação restringe-se à prestação do serviço de comunicação, e não à simples comunicação em si. Se assim não fosse, seria fonte geradora do ICMS o simples fato de alguém se comunicar com outra pela palavra escrita ou falada.

Assim, cumpre-nos perquirir se o serviço prestado pelo provedor de internet se subsume ao conceito constitucional de comunicação.

Segundo o conceito dado pelo dicionário de língua portuguesa Larousse Cultural,

> Internet é uma poderosa rede internacional de computadores que, por meio de diferentes tecnologias de comunicação e informática, permite a realização de atividades como correio eletrônico, grupos de discussões, computação de longa distância, transferência de arquivos, lazer, compras etc. E, para que o potencial usuário possa ter acesso a essa rede internacional, necessário que ele se utilize dos serviços prestados pelos denominados provedores de acesso, que nada mais são do que uma espécie de chave que destranca a porta da internet (WILSON SOBRINHO, José. *Direito tributário*: temas pontuais. Editora Forense).

De fato, têm-se revelado duas situações distintas relacionadas à rede internacional de computadores: de

um lado, o aparato material, ou meio físico, que lhe dá suporte, e, do outro, o serviço desenvolvido pelo provedor, que proporciona ao interessado ter acesso a esse meio físico.

Ou seja, o provedor apenas viabiliza o acesso dos interessados às informações disponibilizadas na rede, nada criando de novo.

Logo, de forma bastante simplista e para a compreensão da questão tributária, para ter acesso à internet, o usuário necessita dispor de um computador, de uma linha telefônica e de um *software* específico, de sorte que mesmo os locais que com acesso direto ao provedor, sem utilizar-se de uma linha telefônica particular, não dispensam o uso da telefonia.

Dessarte, evidencia-se a necessidade do serviço de telefonia para se ter acesso à internet e que, por ser serviço de telecomunicação, pago de acordo com a quantidade de pulsos utilizados, incide o ICMS sobre o valor discriminado na conta telefônica.

Com efeito, os provedores de acesso apenas disponibilizam aos seus clientes equipamentos e *softwares* necessários à utilização do sistema, agindo como facilitadores dos usuários. Usuários e provedores de acesso são, na verdade, tomadores do serviço de comunicação, e não prestadores do serviço.

Importante examinar os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações:

> Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.
> § 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.
> § 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.
> Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.
> § 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.
> § 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Pela simples leitura da norma supracitada, tem-se que a atividade desenvolvida pelos provedores de acesso deve ser classificada como serviço de valor adicionado, excluído, expressamente, do conceito de serviço de telecomunicações.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil e tributário. Recurso especial. Mandado de segurança preventivo. Decadência. Não ocorrência. ICMS. Provedor de internet. Não incidência. Súmula n. 334/STJ. 1. Revestindo-se o mandado de segurança de natureza preventiva, há de ser afastada a regra do art. 18 da Lei n. 1.533/51, que prevê o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para a sua impetração. 2. O STJ pacificou o entendimento de que não incide ICMS sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet, uma vez que a atividade desenvolvida por eles consubstancia mero serviço de valor adicionado (art. 61 da Lei n. 9.472/97). Inteligência da Súmula n. 334/STJ. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (REsp 911299/RS, Relator Min. João Otávio Noronha, Segunda Turma, unânime, *DJ* de 10.05.2007, p. 39.)

Por fim, para sedimentar qualquer dúvida acerca do exposto, trago à colação a Súmula 334 do Superior Tribunal de Justiça: "O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à internet" (Súmula 334, Primeira Seção, julgado em 13.12.2006, *DJ* de 14.02.2007, p. 246).

Assim, alicerçado nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação jurídica da decisão, conclui-se pela concessão da segurança.

Conclusão.

Diante do exposto, concedo a segurança, para determinar ao impetrado que se abstenha de tributar pelo ICMS os serviços prestados pelos provedores de acesso à internet comprovadamente associados à impetrante.

Custas, *ex lege*.

DES. EDUARDO ANDRADE - Sr. Presidente. Este caso me chamou muita atenção, e verifico, aqui, na prestação das informações, com o cuidado de sempre, a Advocacia-Geral do Estado cita, inclusive, uma obra do Dr. Alberto Guimarães Andrade, meu irmão, que, naquela época, realmente, causou certa perplexidade, porque a matéria era realmente muito controvertida. Está, aqui, à f. 111.

Entretanto, Sr. Presidente, como já houve pronunciamento do STJ no Recurso Especial 911299, mencionado por V. Ex.ª , com a devida vênia da argumentação do Estado de Minas Gerais, inclusive da eminente Procuradora que abrilhanta a sessão com a sua presença, Dr.ª Shirley Daniel de Carvalho, e esta matéria já se pacificou no STJ, justamente no sentido que V. Ex.ª demonstra no seu fundamentado voto, entendendo *Roma locuta est, causa finita*, acompanho V. Ex.ª para, também, conceder a segurança.

DES. GERALDO AUGUSTO - Sr. Presidente. Estou inteiramente de acordo com o voto de Vossa Excelência.

Concedo a segurança.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Sr. Presidente. Conforme V. Ex.ª anota no seu erudito voto, a matéria já está sumulada no egrégio Superior Tribunal de Justiça, Súmula 334, então, não há mais o que se discutir.

Também concedo a segurança.

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Sr. Presidente. Também acompanho o voto de V. Exa., na sua integralidade, para conceder a segurança.

DES. ARMANDO FREIRE - Sr. Presidente. Acompanho Vossa Excelência.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - De acordo.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - De acordo.

DES. AFRÂNIO VILELA - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA O 8º VOGAL. O RELATOR E OS DEMAIS VOGAIS CONCEDIAM A SEGURANÇA.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pela impetrante, o Dr. Gustavo de Melo Franco Torres.

DES. RONEY OLIVEIRA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 06.04.2011, a pedido do 8º Vogal, após votarem o Relator e os demais Vogais concedendo a segurança.

Com a palavra o Des. Afrânio Vilela.

DES. AFRÂNIO VILELA - Sr. Presidente. Pedi vista dos autos para melhor análise da questão recursal, após o que estou a acompanhar, na íntegra o voto proferido pelo eminente Relator, Des. Brandão Teixeira, para conceder a segurança, pois observo pela redação do art. 61 da Lei 9.472/97 que o provedor de acesso à internet que oferece serviço considerado como de valor adicionado tem direito à não incidência do ICMS, nos moldes da Súmula sob o nº 334 pelo STJ.

DES. RONEY OLIVEIRA - O meu voto não seria necessário para complementar o *quorum*, todavia, embora não tenha participado do início do julgamento, tenho conhecimento da matéria e o meu posicionamento é idêntico aos dos votos precedentes, por isso, assim como fizeram o Relator e aqueles que o seguiram, também voto no sentido de se conceder a segurança.

Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA.

...

Responsabilidade civil - Indenização - Danos morais e materiais - Veículo arrematado em leilão - Vício oculto - Chassi remarcado - Apreensão do bem - Impossibilidade de transferência - Anulação do negócio jurídico - Possibilidade - Apelo adesivo - Interesse recursal - Impugnação da sentença - Busca de situação mais vantajosa - Possibilidade - Carência da ação - Ilegitimidade passiva - Não ocorrência - Eventualidade de demonstração de ato reprovável ou ilícito das partes - Obrigação de reparação dos prejuízos

Ementa: Responsabilidade civil. Indenização por danos morais e materiais. Apelo adesivo. Interesse recursal caracterizado. Veículo arrematado em leilão. Apreensão do bem e consequente impossibilidade de transferência em virtude de o chassi do veículo ter sido remarcado. Vício oculto. Anulação do negócio jurídico. Possibilidade. Danos materiais e morais oriundos do fato. Caracterização.

- Se o apelante adesivo se opôs à providência determinada pelo juízo singular, pleiteando a elevação do valor estipulado a título de indenização por danos morais em seu benefício, resta caracterizada a existência de interesse recursal, pois há como se esperar que o julgamento do recurso coloque o recorrente adesivo em situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela resultante da decisão impugnada.

- A legitimidade para a causa consiste na titularidade da parte em relação ao interesse deduzido em juízo, o que revela sua qualidade de integrar a relação processual, seja na condição de demandante ou demandado.

- Verificada a adulteração do chassi do automóvel, o que caracteriza vício oculto imperceptível por simples vistoria na ocasião da celebração do negócio, é viável ao arrematante a anulação do negócio, com o consequente ressarcimento da verba empregada para a aquisição do bem, além das despesas necessárias efetuadas com reparos e manutenção do veículo.

- A comercialização de produto/veículo viciado gerou ao autor transtornos que são passíveis de reparação moral. São inegáveis os transtornos e a angústia experimentada pelo autor que agiu de boa-fé ao arrematar o veículo, tendo sua legítima expectativa de revenda do bem sido frustrada em razão da suspeita de furto, pelo fato de o chassi se encontrar remarcado.

- À luz dos critérios que norteiam a fixação da verba indenizatória devida a título de indenização por danos morais, cumpre reduzir o *quantum* indenizatório fixado na sentença.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.676981-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante adesivo: F.C.G. - Apelantes: 1º) Banco P.S.A., 2ª) OHl Ltda. - Apelados: Banco P.S.A., OHl Ltda., F.C.G. - Relator: DES. LUCAS PEREIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Márcia De Paoli Balbino, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS PRIMEIRO E SEGUNDO RECURSOS, PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO, COM OS ACRÉSCIMOS DA VOGAL.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2011. - *Lucas Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCAS PEREIRA - Trata-se de ordinária, proposta por F.C.G., em desfavor de OHL Ltda. e Banco P.S.A.

Consta da inicial que, no dia 24.11.2005, o autor arrematou o veículo descrito à f. 02 de propriedade do segundo réu junto à primeira ré; que os demandados lhe forneceram o recibo de transferência; que, após encaminhar o veículo para reparos, o autor vendeu o automóvel para terceiro (Sr. D.C.); que o veículo foi apreendido pela Polícia Civil, durante vistoria realizada no Detran, mediante o argumento de "numeração de chassi transplantada. Número do motor não confere" (f. 03); que "o autor somente não foi preso naquele momento, porque ligou para o seu advogado, que, após muita conversa e apresentação de documentos, conseguiu a liberação do autor" (f. 04). Ao final, o autor requereu a condenação da parte ré nas seguintes prestações: 1) restituírem o montante de R$ 4.305,00 (quatro mil trezentos e cinco reais) pago na arrematação; 2) reembolsar o valor gasto com o conserto do veículo (R$ 1.894,00 - mil oitocentos e noventa e quatro reais), bem como a verba paga ao seu advogado para acompanhá-lo na fase de apreensão do veículo pela Polícia Civil (R$ 1.500,00 - mil e quinhentos reais); 3) indenização por danos materiais na modalidade lucros cessantes, além de danos morais.

Em resposta, a primeira ré (OHL Ltda.) ofertou contestação. Preliminarmente, arguiu carência de ação por ilegitimidade passiva. No mérito, explicou que não detém a propriedade dos bens levados a leilão, motivo pelo qual não é responsável por eventuais problemas na numeração do motor e chassi do automóvel arrematado; que o automóvel foi vendido ao autor no estado em que se encontrava, consoante amplamente informado no leilão; que o problema com a numeração do motor/chassi ocorreu após o ingresso do veículo no domínio do autor; que não há provas dos pressupostos da obrigação de indenizar.

A segunda ré (Banco P.S.A.) também apresentou contestação, alegando preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva. No mérito, asseverou que "cabia ao autor a responsabilidade de vistoriar o veículo antes da arrematação, sendo certo que ninguém compraria um veículo somente ao vê-lo no pátio leiloeiro" (f. 74); que o autor declarou sua ciência acerca de possíveis diferenças constantes do veículo; que inexistem provas dos pressupostos da obrigação de indenizar.

Ao sanear o feito, o Juízo singular rejeitou a preliminar arguida pelas rés em contestação.

Na sentença devidamente integrada por embargos de declaração, o MM. Juiz *a quo* assinalou que o contrato firmado entre os litigantes contém nulidade absoluta em decorrência da ilicitude do objeto. Acrescentou que incumbe ao "Segundo requerido ofertar bens lícitos para o leilão, bem como não pode ser a primeira Suplicada condescendente com tal fato, já que muitas vezes os bens são arrematados por pessoas leigas no assunto" (f. 211). Ressaltou inexistirem provas da ocorrência dos alegados lucros cessantes.

Por fim, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar as rés, solidariamente, ao pagamento: 1) de indenização por danos morais em favor do autor no montante de R$ 7.000,00 (sete mil reais), monetariamente atualizada desde 07.06.2006 de acordo com a tabela da CGJMG e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação; 2) do montante de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) a título de despesas com advogado, atualizado monetariamente desde 09.06.2006 e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a citação; 3) de R$ 1.100,00 (mil e cem reais) referente à restituição do valor gasto pelo autor com os reparos realizados no veículo, atualizada monetariamente desde a data do ajuizamento da ação e acrescida de juros de mora a

contar da citação; 4) das custas e despesas processuais, bem como dos honorários de advogados estipulados em 15% (quinze por cento) da condenação. Por fim, condenou apenas a primeira ré ao pagamento de R$ 4.305,00 (quatro mil trezentos e cinco reais) referente à restituição do valor desembolsado com a arrematação do bem, atualizada monetariamente desde a data do ajuizamento da ação e acrescida de juros de mora a contar da citação. Determinou, ainda, que o autor restitua o bem à primeira ré após o recebimento do valor da arrematação e dos reparos realizados no veículo.

Irresignada, a segunda ré (Banco P.S.A.) interpôs recurso de apelação. Arguiu, preliminarmente, carência de ação por ilegitimidade passiva. No mérito, explicou que o demandante foi cientificado de todas as características do veículo arrematado; que "o documento de fls. 16/17 demonstra claramente que o apelado transferiu o veículo para seu nome e somente no momento da venda do veículo para terceiros, aconteceram os problemas ora narrados" (f. 230); que, tendo o autor enviado o veículo para uma oficina após transferi-lo para o seu nome, resta afastada sua responsabilidade pelos vícios noticiados nos autos; que inexistem provas dos prejuízos materiais pleiteados, tampouco dos pressupostos inerentes à obrigação de indenizar. Caso assim não se entenda, requer a redução dos honorários sucumbenciais.

Inconformada, a primeira ré (OHL Ltda.) também interpôs recurso de apelação. Reiterou a preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva. No mérito, ponderou que nunca foi proprietária do veículo arrematado, motivo pelo qual não possui responsabilidade por eventuais problemas verificados na numeração do motor e chassi do veículo; que o veículo foi vendido no estado em que se encontrava, sem revisões ou garantias; que apenas o corréu Banco P. deve ser responsabilizado pelo ressarcimento dos prejuízos experimentados pelo demandante; que não restaram demonstrados os pressupostos autorizativos para o deferimento do pedido de reparação moral e, mesmo que assim não se entenda, é necessária a redução do *quantum* estipulado na sentença.

Na sequência, o autor apelou adesivamente, requerendo a elevação do *quantum* fixado a título de indenização por danos morais.

Em contrarrazões, a segunda apelante pugnou pelo não conhecimento do apelo adesivo em virtude de ausência de interesse recursal.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

I - Da alegada ausência de interesse recursal do apelante adesivo.

No tocante ao interesse recursal, confira-se o posicionamento doutrinário sobre o tema:

> O exame do interesse recursal segue a metodologia do exame do interesse de agir (condição da ação). Para que o recurso seja admissível, é preciso que haja utilidade - o recorrente deve esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada - e necessidade - que lhe seja preciso usar as vias recursais para alcançar este objetivo.
> [...]
> Não se pode recorrer apenas para discutir o fundamento da decisão; é preciso discordar da conclusão a que chegou o órgão jurisdicional. Não há utilidade na discussão sobre os fundamentos, sem alterar a conclusão, pois a motivação não fica imutável pela coisa julgada material (art. 469 do CPC) (DIDIER JR., Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, v. 3, p. 47-48).

Dito de outra forma: se o apelante adesivo se opôs à providência determinada pelo Juízo singular, pleiteando a elevação do valor estipulado a título de indenização por danos morais em seu benefício, resta caracterizada a existência de interesse recursal, pois há como se esperar que o julgamento do recurso coloque o recorrente adesivo em situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela resultante da decisão impugnada.

Rejeito, portanto, a preliminar de ausência de interesse recursal do apelante adesivo.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

DES. VERSIANI PENNA - De acordo.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - De acordo.

DES. LUCAS PEREIRA - Preliminar.

I - Da alegada carência de ação por ilegitimidade passiva.

Com relação ao tema, cumpre verificar como a doutrina tem conceituado a condição da ação legitimidade:

> A legitimação para agir (*legitimatio ad causam*) diz respeito à titularidade ativa e passiva da ação. É a pertinência subjetiva da ação, como diz Buzaid. A ação somente pode ser proposta por aquele que é titular do interesse que se afirma prevalente na pretensão, e contra aquele cujo interesse se exige que fique subordinado ao do autor. Desde que falte um desses requisitos, há carência de ação por ausência de *legitimatio ad causam*. Só os titulares do direito em conflito têm o direito de obter uma decisão sobre a pretensão levada a juízo através da ação. São eles, portanto, os únicos legitimados a conseguir os efeitos jurídicos decorrentes do direito de ação. (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. 2, p. 41.)

> A terceira condição do direito de ação é a qualidade para agir, legitimidade ou legitimação para agir (*legitimatio ad causam*). O autor deve ter título em relação ao interesse que

> pretende seja tutelado. Por outras palavras, o autor deverá ser titular do interesse que se contém na sua pretensão com relação ao réu. Assim, à legitimação para agir em relação ao réu deve corresponder a legitimação para contradizer deste em relação àquele. Ali, legitimação ativa; aqui, legitimação passiva. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1, p. 146.)

Como se vê, a legitimidade para a causa consiste na titularidade da parte em relação ao interesse deduzido em juízo, o que revela sua qualidade de integrar a relação processual, seja na condição de demandante ou demandado. Acrescento as lições de Cândido Rangel Dinamarco, em *Instituições de direito processual civil*, 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, v. II, p. 306:

> Legitimidade *ad causam* é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa.

Sendo assim, a legitimidade das partes pressupõe a existência de um vínculo entre o autor da ação, a pretensão controvertida e a parte ré. Mesmo que a relação jurídica descrita pelo demandante não se configure, é importante que o julgador possa, no mínimo, vislumbrar esse vínculo entre a pretensão deduzida em juízo e as partes da demanda.

De acordo com o sistema consagrado no CPC, constitui parte legítima para exercer o direito de ação (autor) aquele que se afirma titular de determinado direito que necessita da tutela jurisdicional. Por outro lado, será parte legítima para figurar no polo passivo da relação processual (réu) aquele que, em tese, suportará os efeitos oriundos da satisfação da referida pretensão.

Nessa linha de entendimento, a legitimidade *ad causam* se relaciona ao exame da pertinência subjetiva abstrata com o direito material controvertido.

Na espécie, é evidente a legitimidade passiva das demandadas, pois, na eventualidade de se demonstrar a prática de ato reprovável ou ilícito pela primeira ré (PL) e pelo vendedor (Banco P.S.A.) por ocasião da arrematação de veículo em leilão, não haverá como os eximir da obrigação de reparar os prejuízos suportados pelo arrematante.

Nesse sentido, confira-se o entendimento deste Órgão Fracionário:

> Ementa: Civil e processual civil. Apelação. Ação de rescisão de compra e venda por arrematação em leilão c/c reparação de danos. Prova testemunhal dispensável. Cerceamento de defesa inocorrente. Legitimidade passiva da vendedora, do leiloeiro e da casa de leilões. Verificação. Veículo arrematado com documentação inapta à transferência. Danos morais, materiais e lucros cessantes decorrentes do fato. Configuração. Responsabilidade civil dos envolvidos em indenizar. Existência. Rescisão do negócio. Cabimento. Reforma parcial da sentença. Recursos conhecidos, 1º provido em parte, 2º não provido e 3º não provido. - Não há se falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa se a prova testemunhal era dispensável ao julgamento, já que o fato que com ela pretendia-se provar já estava demonstrado por prova documental. - Todas as partes envolvidas no negócio de compra e venda de veículo por arrematação em leilão têm legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, na qual o comprador pretende a rescisão do negócio. [...] (TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.07.390416-1/001, Rel. Des.ª Márcia De Paoli Balbino, julg. em. 06.05.2010, *DJ* de 20.05.2010).

Rejeito, portanto, a preliminar arguida.

DES. VERSIANI PENNA - De acordo.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - De acordo.

DES. LUCAS PEREIRA - Mérito.

Da primeira e da segunda apelações.

Depreende-se dos autos que, no dia 24.11.2005, o autor arrematou o veículo marca Fiat, modelo Uno CS 1.5, ano de fabricação 1992, placa LZS-0126. O leilão do veículo, de propriedade da segunda ré Banco P.S.A., foi realizado pela primeira demandada OHL Ltda. (PL).

A nota de venda de f. 15 comprova que o autor arrematou o veículo pelo montante de R$ 4.100,00 (quatro mil e cem reais), pagando ainda R$ 205,00 (duzentos e cinco reais) a título de comissão de leiloeiro.

Ocorre que, ao realizar a vistoria junto ao Detran/MG para viabilizar a transferência de propriedade, o vistoriador constatou que a numeração de chassi foi transplantada e o número do motor não confere com a pesquisa (f. 23). Ato contínuo, o veículo foi apreendido por consistir objeto do crime tipificado em art. 311 do Código Penal, consistente na adulteração de sinal identificador de veículo automotor.

De tal modo, o autor pretende a rescisão do negócio bem como o recebimento de indenização por perdas e danos.

Inicialmente, examino o pedido de rescisão do contrato de compra e venda formulado pelo autor.

Na espécie, verificada a adulteração do chassi do automóvel, o que caracteriza vício oculto imperceptível por simples vistoria na ocasião da celebração do negócio, é viável ao arrematante a anulação do negócio, com o consequente ressarcimento da verba empregada para a aquisição do bem, além das despesas necessárias efetuadas com reparos e manutenção do veículo.

No mesmo sentido, confira-se o entendimento jurisprudencial:

> Ementa: Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e morais. Bens arrematados em leilão. Impossibilidade de transferência dos bens em virtude de irregularidade no chassi dos veículos. Vício oculto. Valores gastos com reparos e manutenção nos veículos. Dever de ressarcimento. Despesas necessárias. Anulação do negócio. Devolução dos valores do leilão. Dano moral caracterizado no caso concreto. 1. A existência de vício oculto nos veículos adquiridos em leilão (irregularidade no chassi) é causa de anulação do negócio jurídico, pelo que deve ser o autor ressarcido dos valores gastos com a aquisição dos bens, bem como das despesas necessárias efetuadas com reparos e manutenção dos veículos. [...] Negaram provimento ao apelo do réu e deram provimento ao apelo do autor. (Apelação Cível nº 70029136322, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, julgado em 28.05.2009.)

Acrescento que a pretensão de rescisão do negócio jurídico também encontra base legal no art. 475 do CCB/2002, pois a venda de veículo com vício oculto consistente em adulteração do chassi, o que constitui óbice intransponível para transferência, caracteriza inadimplemento da parte vendedora, gerando para a parte lesada a prerrogativa de rescindir o contrato, *verbis*:

> Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

De tal modo, mostra-se correta a sentença que deferiu o pedido de rescisão do negócio jurídico firmado entre o autor e o segundo réu Banco P.S.A.

Insta registrar que a primeira ré OHL Ltda. (PL) também merece ser responsabilizada pelos prejuízos suportados pelo arrematante, pois concorreu para a celebração do negócio jurídico ao organizar o leilão em seu estabelecimento, divulgando a ocorrência do evento e vinculando sua imagem institucional à idoneidade do acontecimento.

Além do mais, a ré OHL Ltda. (PL) atuou como depositária do veículo em seu pátio, integrando a cadeia de fornecimento de produtos inaptos para comercialização/transferência, tendo inclusive recebido contraprestação pecuniária por tal serviço.

Logo, comprovada a rescisão do negócio de compra e venda por arrematação em leilão e o nexo causal entre o dano advindo de tal rescisão e a conduta de todos os réus, eles devem responder solidariamente pelas consequentes perdas e danos decorrentes do contrato inadimplido.

Via de consequência, o autor faz jus ao ressarcimento dos valores gastos com a aquisição do veículo (R$ 4.305,00 - quatro mil trezentos e cinco reais - f. 15) e das despesas com reparos (R$ 1.110,00 - mil cento e dez reais - f. 35/36).

Por outro lado, não é devido o ressarcimento dos valores gastos com o adimplemento de honorários dos advogados contratados com o propósito de representar o autor/arrematante perante o Detran/MG e na Delegacia de Furtos e Roubos de Veículos.

Acresço que os honorários advocatícios têm origem contratual, diversa, portanto, da relação de direito que deu ensejo ao ajuizamento da ação, ou seja, mera evicção.

Com efeito, sendo os honorários contratados entre a parte e seu advogado, sem nenhuma participação da parte ré, não cabe impor nesse momento que esta proceda ao ressarcimento da quantia pactuada entre terceiros.

A bem da verdade, admitir tal indenização estimularia a multiplicação de ações sucessivas de ressarcimento de honorários advocatícios.

Também no sentido de descabimento da indenização é a jurisprudência majoritária do STJ:

> Processual civil e civil. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática. Responsabilidade civil. Contratação de advogado. Justiça do Trabalho. Ausência de ilicitude. Decisão mantida. 1. É de ser mantida a decisão monocrática pela qual se nega provimento a recurso especial se as razões do agravo regimental não se apresentam robustas o bastante para alterar o convencimento do julgador. 2. A simples contratação de advogado para o ajuizamento de reclamatória trabalhista não induz, por si só, a existência de ilícito gerador de danos materiais. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1155527/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. em 14.04.2011.)

> Civil. Processual civil. Recurso especial embargos de declaração. Inexistência de omissão no julgado. Divergência jurisprudencial não configurada. Dano moral. Não ocorrência. Pretensão de reexame de provas. Súmula nº 07/STJ. Contratação de advogado para cuidar de ação trabalhista. Dano moral. Não configurado. [...] 4. A contratação de advogado para ajuizamento de ação trabalhista não gera ato ilícito, nem se torna apto e capaz de ensejar direito à indenização por danos morais. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp 915.882/MG, Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro - Desembargador convocado do TJAP - Quarta Turma, j. em 04.02.2010.)

Por fim, também não vejo como alterar a sentença no ponto em que julgou procedente o pedido de indenização por danos morais.

Obviamente, a comercialização de produto/veículo viciado gerou ao autor transtornos que são passíveis de reparação moral. São inegáveis os transtornos e a angústia experimentada pelo autor que agiu de boa-fé ao arrematar o veículo, tendo sua legítima expectativa de revenda do bem sido frustrada em

razão da suspeita de furto, pelo fato de o chassi se encontrar remarcado.

No caso em exame, percebo que o autor experimentou ofensa ao seu bom nome ao investir na aquisição de um veículo para revenda por meio de arrematação em leilão, nos termos do recibo de transferência de f. 17 e se ver impossibilitado de adimplir sua promessa de venda do bem arrematado em decorrência da constatação de adulteração do número de chassi. Logo, é inquestionável que, sob o ponto de vista do terceiro para quem o bem seria vendido, a conduta do autor caracterizou, em linha de princípio, venda a *no domino*, fraude e estelionato.

Em caso semelhante, confira-se o entendimento jurisprudencial:

> Ementa: Apelação. Responsabilidade civil. Venda de veículo em leilão. Chassi alterado. Impossibilidade de registro. Complementação das despesas. Danos materiais e morais devidos. Manutenção do *quantum* indenizatório. [...] III. Para que se afigure o dever de indenização moral, faz-se necessária a presença dos elementos: ato ilícito, dano e nexo causal. IV. A comercialização de produto viciado sem devida cautela, ônus do qual a demandada não se desincumbiu, nos moldes do art. 333, II, do CPC, configura ato ilícito passível de reparação pecuniária. V. *Quantum* indenizatório mantido por atender ao caráter punitivo/pedagógico da sanção e se ajustar aos parâmetros desta Câmara. Ilegitimidade passiva mantida, apelo da ré desprovido e apelo do autor provido em parte. (Apelação Cível nº 70028880359, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, julgado em 18.03.2010.)

Com relação ao *quantum* indenizatório, esclareço que a reparação por danos morais deve consistir na fixação de um valor que seja capaz de desencorajar o ofensor ao cometimento de novos atentados contra o patrimônio moral das pessoas e, ao mesmo tempo, que seja suficiente para compensar os constrangimentos experimentados pela vítima.

Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*, 9. ed., Saraiva, v. 7), ao tratar do dano moral, ressalva que a reparação tem sua dupla função, a penal "constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa (integridade física, moral e intelectual) não poderá ser violado impunemente", e a função satisfatória ou compensatória, pois, "como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenue a ofensa causada".

No caso, analisando as circunstâncias do fato, o grau da ofensa para com o autor e os parâmetros adotados por este Órgão Fracionário, a indenização de R$ 5.450,00 (cinco mil quatrocentos e cinquenta reais), equivalente a aproximados 10 salários mínimos, é suficiente para compensar os constrangimentos experimentados pelo apelante, bem como para promover a repreensão dos apelados.

Se considerarmos o parâmetro adotado por este Tribunal para os casos de negativação indevida, no qual o nome da vítima é lesado perante toda a coletividade, e não somente perante uma pessoa com a qual contrataria, conforme o presente caso, que é o de indenização equivalente a aproximadamente 20 salários mínimos, vê-se que a indenização ora fixada não é excessiva nem irrisória.

Ressalto que o Juízo singular contemplou os critérios legais previstos no art. 20, § 3º, do CPC ao fixar o valor dos honorários de advogados no montante de 15% (quinze por cento) do valor da condenação. Via de consequência, não há como acolher o pedido de redução da referida verba.

Da apelação adesiva.

Diante da redução do valor estipulado a título de indenização por danos morais, resta prejudicado o exame do apelo adesivo destinado a elevar o valor estipulado.

Dispositivo.

Ante o exposto, rejeito as preliminares de não conhecimento do recurso adesivo e de carência de ação por ilegitimidade passiva. No mérito, dou parcial provimento ao primeiro e segundo recursos para: a) reduzir o valor fixado na sentença a título de indenização por danos morais para o patamar de R$ 5.450,00 (cinco mil quatrocentos e cinquenta reais), monetariamente atualizados a contar da data da publicação do acórdão nos termos da tabela da CGJMG e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data da citação (art. 219 do CPC); b) decotar da condenação o valor de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), atinente aos gastos com o adimplemento de honorários dos advogados contratados com o propósito de representar o autor/arrematante perante o Detran/MG e na Delegacia de Furtos e Roubos de Veículos. No mais, mantenho inalterada a sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Julgo prejudicado o apelo adesivo.

Custas recursais em todos os recursos, pelos respectivos apelantes. Fica suspensa a exigibilidade em relação ao apelante adesivo (art. 12 da Lei 1.060/50).

DES. VERSIANI PENNA - Acompanho *in totum*.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Estou de acordo com o Relator, sendo que, quanto ao ressarcimento de despesas como advogado, também entendo não ser cabível.

É que entendo não ser cabível referido ressarcimento.

O MM. Juiz deferiu tal verba na sentença.

É que a posição de maioria no STJ é pelo não cabimento de tal indenização.

> Processual civil e civil. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática. Responsabilidade civil. Contratação de

> advogado. Justiça do Trabalho. Ausência de ilicitude. Decisão mantida.
> 1. É de ser mantida a decisão monocrática pela qual se nega provimento a recurso especial se as razões do agravo regimental não se apresentam robustas o bastante para alterar o convencimento do julgador.
> 2. A simples contratação de advogado para o ajuizamento de reclamatória trabalhista não induz, por si só, a existência de ilícito gerador de danos materiais.
> 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1155527/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 14.04.2011, *DJe* de 03.05.2011.)

> Civil. Processual civil. Recurso especial embargos de declaração. Inexistência de omissão no julgado. Divergência jurisprudencial não configurada. Dano moral. Não ocorrência. Pretensão de reexame de provas. Súmula nº 07/STJ. Contratação de advogado para cuidar de ação trabalhista. Dano moral. Não configurado.
> [...]
> 4. A contratação de advogado para ajuizamento de ação trabalhista não gera ato ilícito, nem se torna apto e capaz de ensejar direito à indenização por danos morais.
> 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp 915.882/MG, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJAP), Quarta Turma, julgado em 04.02.2010, *DJe* de 12.04.2010.)

Apenas um único julgado defendeu tal possibilidade:

> Processual civil e responsabilidade civil do Estado. Indenização. Ensino superior. Matrícula. Transferência *ex officio*. Atraso no cumprimento de decisão judicial. Danos morais e materiais.
> [...]
> 3. Incabível o pagamento de indenização por danos materiais em razão de contratação de advogado para ajuizamento de reclamação, considerando que, de modo indireto, implicaria impor a condenação honorários advocatícios em mandado de segurança.
> 4. Recurso especial provido em parte. (REsp 826.760/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 20.06.2006, *DJ* de 03.08.2006, p. 262.)

> Processual civil. Tributário. Embargos de declaração em agravo regimental no agravo de instrumento. Art. 544 do CPC. Recurso especial. Execução fiscal. Art. 26 da LEF. Honorários. Cabimento. Princípio da causalidade. Súmula 7 do STJ.
> [...]
> Dessa forma, restando patente que a Fazenda demandou indevidamente e causou evidente prejuízo ao executado, que incorreu em despesas na contratação de advogado, gerando danos ao seu patrimônio, de modo que, pelo princípio da causalidade, justifica-se a sua condenação no pagamento de verba honorária.
> 5. O recurso especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório encartado nos autos, em face do óbice erigido pela Súmula 7 do STJ.
> 6. Embargos de declaração acolhidos para, sanando a omissão existente, negar provimento ao recurso especial, por fundamento diverso. (EDcl no AgRg no Ag 1030023/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.02.2010, *DJe* de 22.02.2010.)

Tal indenização, conforme posição de maioria no STJ, estimula a multiplicação de ações sucessivas de ressarcimento de honorários advocatícios.

A meu aviso, no caso, os honorários advocatícios têm como origem o contrato firmado entre o causídico e o cidadão, diversa da relação de direito a qual deu ensejo ao ajuizamento da ação, ou seja, mera evicção, bem como não devem ser confundidos com os honorários da sucumbência, cuja distinção é feita pelo jurista Humberto Theodoro Júnior, nos seguintes termos:

> [...] o Código, em matéria de sucumbência, reserva um tratamento especial para a verba advocatícia, principalmente em dois aspectos: a) só a sentença, ao encerrar o processo, é que resolverá a questão dos honorários. Ao contrário das demais despesas, não há condenação de honorários nas decisões interlocutórias que solucionem os incidentes verificados no curso do processo, nem nos recursos a eles pertinentes (art. 20, § 1°, CPC); b) por outro lado, pouco importa o contrato firmado entre a parte e seu advogado, ou a quantia que efetivamente lhe foi paga. O ressarcimento dos gastos advocatícios será sempre feito conforme o valor fixado pelo juiz na sentença (art. 20, § 3°, CPC) [...] (*Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1, p.104).

Entendo que, se os honorários foram contratados entre a parte e seu advogado, sem nenhuma participação da ré e sem sequer controle de valor, às rés não pode ser imposta a condenação de ressarcir tal quantia.

Além disso, o ressarcimento determinado decorre de vício oculto em veículo arrematado, e a indenização de outras parcelas se deveu à evicção, não estando em discussão qualquer ato ilícito ou ato culposo das rés.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AOS PRIMEIRO E SEGUNDO RECURSOS, PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO, COM OS ACRÉSCIMOS DA VOGAL.

. . .

Benefício previdenciário - Plano de suplementação - Paridade - Previdência oficial - Reajuste - Aumentos reais - Regulamento dos benefícios - Inteligência das cláusulas - Interpretação ampla - Atualização com adequação à elevação do custo de vida - Inovação recursal - Questões de fato - Inocorrência - Art. 517 do CPC - Interpretação - Argumento jurídico novo - Possibilidade - Voto vencido

Ementa: Direito civil, processual civil e legislação especial. Ação ordinária. Plano de suplementação de benefício previdenciário. Paridade com o reajustamento pago pela previdência oficial. Não exclusão expressa dos aumentos reais. Análise da cláusula contratual. "Reajuste". Interpretação ampla. Atualização que permite adequação à elevação do custo de vida.

- Não há qualquer vedação para que as partes tragam argumentos jurídicos novos em sede recursal, reputando-os pertinentes ao seu interesse, para justificar e corroborar a tese que leva à procedência ou improcedência do pedido, desde que não operem modificação no cenário fático.

- Tratando-se de plano de suplementação privada de benefícios previdenciários, cujo regulamento garante paridade com o reajustamento periódico pago pela previdência oficial, sem mencionar expressamente a exclusão dos aumentos reais, há que se conferir a interpretação mais ampla ao vocábulo reajuste, a fim de que este venha a encampar tanto a atualização do poder aquisitivo do benefício quanto o acréscimo que lhe incorpora efetivo aumento, garantindo dessarte a congruência entre o valor da parcela à própria elevação do custo de vida.

- Afastar a preliminar (não conhecimento parcial do recurso) e no mérito dar provimento.

- Voto vencido. Apelação cível. Ação de cobrança. Reajuste de aposentadoria. Índices expedidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social. Aumento real. Ausência de previsão no regulamento.

- O regulamento da entidade de previdência privada não deixa dúvidas de que as suplementações de aposentadoria devem ser reajustadas "segundo os índices de reajustamento expedidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social". A entidade não está, assim, obrigada a aplicar percentuais de aumento real, superiores à recomposição inflacionária, ante a ausência de tal previsão no regulamento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.822907-7/001 - Comarca Belo Horizonte - Apelante: S.F.S.N. Apelada: F.V.R.D.S.S. - 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, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO AO RECURSO VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 11 de maio de 2011. - *Sebastião Pereira de Souza* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA (Relator) - Cuida-se de ação ordinária que S.F.S.N. ajuizou em face da F.V.R.D.S.S. - V. narrando em resumo que recebe suplementação de pensão/aposentadoria privada paga pela ré, prevendo o regulamento respectivo que o benefício deve ser reajustado nas mesmas datas em que forem reajustados os benefícios mantidos pelo INSS e segundo os índices de reajustamento expedidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social.

Sucede que a requerida não teria cumprido o pactuado uma vez que não teria implementado totalmente o reajuste pertinente a maio de 1995, no percentual de 42,857%, e de maio de 1996, no percentual de 15%, de sorte que o cálculo do benefício teria ficado deficitário, observando-se diferenças de 10,2743% e 3,7492%, respectivamente conforme Leis nºs 8.880/94 e 9.032/95 e Portarias Ministeriais de nºs 2.005/95 e 3.253/96.

Pediu, nesses termos, a procedência do pedido para condenar a requerida ao pagamento das diferenças acima vindicadas, bem como à incorporação definitiva dos percentuais ao benefício, observado o reflexo nas prestações vincendas.

Citada, a ré apresentou defesa na forma de contestação arguindo preliminares e prejudicial de prescrição. No mérito, afirmou que os reajustes pretendidos não são devidos, já que o plano de suplementação de aposentadoria/pensão tem legislação própria e que não se vincula à previdência social, sendo regida por bases atuariais, que propiciam equilíbrio econômico e sua solvência.

Encerrada a instrução probatória, foi enfim proferida a sentença de f. 386/390, que afastou as preliminares, acolheu parcialmente a prejudicial de prescrição e, no mérito, julgou improcedentes os pedidos, sob o fundamento principal de que os reajustes pretendidos na inicial se referem a aumentos reais concedidos ao salário mínimo e aos benefícios de previdência social, incrementos que não seriam garantidos aos participantes do plano de suplementação de pensão/aposentadoria pago pela ré, nos termos do regulamento.

Contra tal decisório investe a autora, via do presente recurso de apelação, asseverando que não há que se falar em aumento real do benefício, mas sim mera recomposição do poder aquisitivo da moeda; que o regulamento do plano de suplementação prevê, em seu art. 21, § 3º, que o benefício deve ser reajustado nas mesmas datas em que forem reajustados os benefícios mantidos pelo INSS e segundo os índices de reajustamento expedidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, o que não teria sido cumprido.

Pede nesses termos o provimento do recurso, reformando-se a sentença e julgando-se procedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões nas f. 399/414.

Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade recursal.

1. Preliminar: inovação recursal.

Alega a recorrida em suas contrarrazões recursais que houve inovação recursal, vedada por nosso ordenamento jurídico-processual, uma vez que teria sido arguida matéria nova ao postular a apelante a respeito do art. 58 do ADCT da Constituição Estadual, não invocado quando do ajuizamento da ação, que versa sobre reajustes concedidos pelo INPS (INSS) em abril de 1995 e abril de 1996.

Pede o não conhecimento do apelo nessa quadra.

O art. 517 do CPC estatui de forma hialina que:

> Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

Sucede que a questão inaugurada no apelo (acerca do art. 58 do ADCT da Constituição Estadual) não configura questão de fato, mas sim de direito, razão pela qual não há óbice para que tenha berço em sede recursal.

A recorrente apenas invocou o texto constitucional, reputando-o pertinente ao seu interesse, para justificar e corroborar a tese que leva à procedência do pedido, sem que operasse modificação no cenário fático.

Em suma, não houve inovação quanto à matéria fática, mas sim de conjuração de argumento jurídico novo, que entende a parte confluir para a concretização de seu interesse, pretendendo a análise da questão à luz daquele novo argumento (dispositivo contido no art. 58 do ADCT da Constituição Estadual), o que se afigura possível.

Dessarte, rejeito a preliminar.

2. Mérito:

Toda a questão controvertida nestes autos diz respeito, em suma, à comunicabilidade ou não entre os reajustes realizados a título de aumento real nos benefícios da previdência oficial e o plano de suplementação de pensão pago à parte recorrida.

Com efeito, a Portaria nº 2.005/95 do Ministério da Previdência e Assistência Social dispunha que o índice total a ser aplicado aos benefícios da previdência oficial no período (42,8572%) desdobrava-se da aglutinação de dois percentuais: o acumulado do IPC-R, destinado ao efetivo reajuste dos benefícios, isto é, à recomposição de seu valor facial, e mais 10,2743%, que tinha por escopo imprimir-lhes aumento real.

Similarmente, a Portaria Ministerial nº 3.253/96 impunha o total a ser aplicado aos benefícios pagos pela previdência oficial (15%) também constituído por dois percentuais: 11,2508%, com finalidade de reposição das perdas inflacionárias, e mais 3,37%, com o intento de acrescer aumento real às parcelas de benefício pagas aos segurados.

As teses aqui discutidas são obviamente contrapostas quanto ao tema e repousam na interpretação do disposto no regulamento do plano de previdência privada, mormente o art. 21, § 3º, do regramento básico da V., que assim dispõe (f.198):

> As suplementações referidas no art. 19, itens II e III, serão reajustadas nas mesmas datas em que forem reajustados os benefícios mantidos pelo INPS e segundo os índices de reajustamento expedidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, não podendo, em qualquer hipótese, ser os benefícios corrigidos por índices inferiores àquele obtido com base na variação do valor nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional - ORTN.

Enquanto a autora, ora recorrente, entende que tal permissivo encampa inclusive os aumentos reais observados, defende a ré, aqui apelada, que estão excluídos os valores pagos pela previdência oficial sob tal rubrica.

A mera leitura do regulamento em voga, no entanto, não nos permite inferir estejam excluídos do reajuste paritário os índices acrescidos a título de ganho ou aumento real nos benefícios pagos pela previdência oficial, visto que não há sequer a utilização de tal vocábulo na referida cláusula contratual.

Somente os negócios jurídicos benéficos são interpretados de forma restrita (art. 114 do Código Civil de 2002 e art. 1.090 do Código Civil revogado), donde se infere que os que não são dotados de tal característica devem ter interpretação mais abrangente.

Reajustar, por definição, quer significar "tornar vencimentos, ordenado, preço, etc., proporcionados à elevação do custo de vida", segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (*Dicionário Aurélio eletrônico*, versão 3.0, 1999 - definição do verbete: reajustar).

A despeito de os atos normativos pertinentes aos índices aplicados fazerem clara distinção entre o acréscimo garantido a título de aumento real e aquele que encerra mera recomposição do valor da moeda, não há no regulamento cláusula que exclua de forma suficiente a incidência de uma ou outra espécie de atualização sobre o valor do benefício suplementar.

Há, pois, que se conferir a interpretação mais ampla ao disposto no regulamento privado, de forma que o reajuste venha a encampar tanto a atualização do poder aquisitivo do benefício quanto o acréscimo que lhe incorpora efetivo aumento, garantindo dessarte a congruência entre o valor da parcela e a própria elevação do custo de vida.

No mesmo caminhar já se manifestou este Tribunal:

> Ação ordinária. Plano de previdência privada. Suplementação de aposentadoria. Observância do regulamento

básico. Reajustamento. Índices divulgados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social. Exclusão do aumento real. - Em que pese o reconhecimento de que a finalidade dos fundos particulares é mera complementação daquele pago pela previdência do governo, o que descarta o vínculo entre os critérios de reajuste de ambos, estando em vigor, à época da aposentadoria dos apelados, o regulamento básico que ordenava o reajuste da suplementação do benefício no tempo e no modo adotados pela Previdência Social, constata-se o liame estabelecido com os benefícios previdenciários e, por conseguinte, a necessidade de que sejam concedidos os mesmos reajustes e aumentos reais repassados pela Previdência Social. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0105.04.108758-3/001, Governador Valadares, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Osmando Almeida, julg. em 26.06.2007, *DJMG* de 07.07.2007.)

Quero concluir que, nesse cenário, de duas uma: ou a entidade de previdência modifica o regulamento dos benefícios, fazendo constar de forma clara a exclusão que deseja fazer valer, ou faz adequar o seu sistema atuarial de forma a suportar os gastos necessários à correta atualização da suplementação paga aos segurados.

Insta acrescentar, por último, que não houve irresignação da recorrente acerca do capítulo da sentença que acolheu a prescrição no que tange às parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu o ajuizamento da ação, sendo de se manter o decisório nessa quadra.

3. Conclusão:

Nessa ordem de idéias é que dou provimento ao recurso para julgar procedente em parte o pedido inicial e condenar a requerida, ora apelada, a pagar à autora as diferenças decorrentes do reajuste a menor na suplementação de seu benefício, nos percentuais de 10,2743% e 3,7492%, no entanto a partir de dezembro de 2002 apenas, reconhecendo-se a prescrição da pretensão com relação às parcelas anteriores a este mês e ano. Condeno, ainda, a parte ré a incorporar definitivamente citados percentuais no benefício pago à parte autora, a partir do trânsito em julgado.

Sobre o valor das parcelas vencidas deverá incidir correção monetária desde o pagamento a menor (Súmula 43/STJ) e juros de mora desde a citação válida, até o efetivo cumprimento da obrigação.

Diante do novo resultado da demanda, reconheço a sucumbência recíproca. Condeno, dessarte, a parte requerida a pagar os honorários do advogado patrocinador da parte autora, os que fixo em 15% sobre o valor das parcelas vencidas e mais doze vincendas [arts. 20, § 3º, e 260 do CPC (AgRg no REsp 646.945/RS, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 29.06.2009, *DJe* de 10.08.2009)].

Condeno, na outra mão, a parte autora a pagar os honorários do advogado *ex adverso*, os que fixo em R$ 1.500,00 (art. 20, § 4º, CPC).

Custas processuais, inclusive recursais, meio a meio.

Em qualquer caso, deverá ser observada a gratuidade judiciária deferida à parte autora (art. 12 da Lei nº 1.060/50).

É como voto.

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - De acordo com o Relator.

DES. WAGNER WILSON FERREIRA - Apelação cível. Ação de cobrança. Reajuste de aposentadoria. Índices expedidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social. Aumento real. Ausência de previsão no regulamento. - O regulamento da entidade de previdência privada não deixa dúvidas de que as suplementações de aposentadoria devem ser reajustadas "segundo os índices de reajustamento expedidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social". A entidade não está, assim, obrigada a aplicar percentuais de aumento real, superiores à recomposição inflacionária, ante a ausência de tal previsão no regulamento.

Voto divergente.

Peço vênia ao eminente Desembargador Relator para dele divergir, pois, na hipótese dos autos, os pedidos iniciais não procedem.

Pleiteiam os autores o reajuste das suas aposentadorias segundo os índices expedidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social em maio de 1995 e de 1996, nos termos do regulamento da apelada.

A previsão contida no §3º do art. 21 do regulamento do plano de previdência da apelada assim dispõe:

§ 3º As suplementações referidas no artigo 19, itens II e III, serão reajustadas nas mesmas datas em que forem reajustados os benefícios mantidos pelo INPS e segundo os índices de reajustamento expedidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, não podendo, em qualquer hipótese, ser os benefícios corrigidos por índices inferiores àquele obtido com base na variação do valor nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional - ORTN.

Analisando o artigo transcrito, verifico que o mesmo diz respeito à recomposição do valor das aposentadorias em razão das perdas inflacionárias, em cumprimento ao que determina a Súmula 289 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 289: A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda.

De acordo com o que afirmam os apelantes, os índices cuja aplicação pleiteiam foram definidos pelas Portarias nºs 2.005/95 e 3.253/96 do Ministério da Previdência e Assistência Social.

A Portaria nº 2.005/1995 definiu como índice total a ser aplicado aos beneficiários da Previdência Social, em 1995, o percentual de 42,8572%, sendo 29,5471% a título de reajuste dos benefícios e 10,2743% a título de aumento real.

Do mesmo modo, a Portaria nº 3.253/1996 definiu como índice total a ser aplicado aos beneficiários da Previdência Social, em 1996, o percentual de 15%, sendo 11,2508% a título de reajuste dos benefícios e 3,37% a título de aumento real.

No entanto, ao contrário do que sustentam os requerentes, o regulamento da apelada não deixa dúvidas de que as suplementações de aposentadoria devem ser reajustadas "segundo os índices de reajustamento expedidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social". Não há que se falar, assim, em obrigatoriedade de aplicação dos percentuais de aumento real, ante a ausência de tal previsão no regulamento do plano.

Nesse sentido:

> Civil e processual civil - Ação de cobrança - Reajuste de complementação de aposentadoria e de pensão - Previdência privada - Recurso não protelatório - Conhecimento - Carência de ação - Inocorrência - Prescrição total - Não verificação - Complementação de aposentadoria - Aplicação de todos os índices do INSS referentes a maio de 1995 e de 1996 - Resultado da soma de reajuste e de aumento real - Ausência de previsão no contrato - Inaplicabilidade - Desequilíbrio atuarial - Pedido improcedente - Reforma da sentença - Recurso conhecido e provido. - Deve ser conhecido o recurso de apelação que não tem natureza protelatória. - Não resta caracterizada carência de ação se as partes são legítimas, se há interesse de agir e se o pedido é juridicamente possível. - Nas obrigações de trato sucessivo, a violação do direito acontece de forma contínua, renovando-se o prazo prescricional em cada prestação periódica não cumprida. Sendo assim, a prescrição ocorre tão somente em relação à pretensão de parcela anterior aos cinco anos que antecederam o ajuizamento da demanda, nos termos do art. 103 da Lei nº 8.213/91. - Prevendo o regulamento da entidade de previdência privada a aplicação apenas de índice de reajuste de complemento de aposentadoria e de pensão idêntico ao aplicado pelo INSS, corrigido o valor conforme regulamento, não há se falar em diferença de correção a título de aumento real, não contratado. - Inexistindo estipulação no regulamento do plano, a entidade de previdência privada não se obriga a dar aumento real aos aposentados e pensionistas, sob pena de violação ao equilíbrio atuarial, já que não há previsão de custeio para tanto. Recurso conhecido e provido. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0105.03.095618-6/001, 17ª Câmara Cível, Des.ª Rel.ª Márcia De Paoli Balbino, *DJ* de 29.01.2009.)

> Ação ordinária - Previdência privada - Complementação da aposentadoria - Reajuste - Aumento real. - O regulamento básico da suplementação da aposentadoria prevê o reajuste, nas mesmas datas e segundo os mesmos índices de reajustamento expedidos pelo Ministério do Trabalho e Assistência Social, não prevendo aumentos reais, superiores à recomposição inflacionária, concedida pela Previdência Social. Prejudicial rejeitada e recurso provido. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0105.03.102672-4/001, 10ª Câmara Cível, Des. Rel. Roberto Borges de Oliveira, *DJ* de 26.08.2008.)

> Ação de cobrança - Previdência privada - Obrigação de trato sucessivo - Prescrição quinquenal - Requerimento de aplicação do total dos índices da previdência social, referentes a 1995 e 1996 - Percentuais resultantes da soma de reajuste e aumento - Entidade - Dever de apenas recompor o valor real dos benefícios - Pedido julgado improcedente. - Nas obrigações de trato sucessivo, a violação do direito acontece de forma contínua, renovando-se o prazo prescricional em cada prestação periódica não cumprida. Sendo assim, impõe-se reconhecer a prescrição, tão somente em relação à pretensão do reajustamento anterior aos cinco anos que antecederam o ajuizamento da demanda, nos termos do art. 103 da Lei nº 8.213/91. - Prevendo o regulamento da entidade de previdência privada que o reajuste dos benefícios seria feito de acordo com a regulamentação do Ministério da Previdência e da Assistência Social, e deixando-se claro, nas Portarias nºs 2.005/95 e 3.253/96, que os índices divulgados por tal órgão incluíam uma parcela de reajuste e outra de aumento real do valor a ser pago, a requerida apenas tem o dever de aplicar a primeira parte do índice, recompondo o valor a ser recebido pelos beneficiários em face das perdas inflacionárias. - A entidade de previdência privada deve sempre zelar pela manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de sua contabilidade, de modo a fazer com que suas receitas sejam suficientes para o pagamento dos beneficiários. Em vista disso, para que se pudesse aplicar um aumento real sobre os benefícios pagos, seria necessária proporcional elevação de suas receitas, o que provocaria grande aumento das contribuições pagas pelas pessoas que participam da ré e ainda se encontram na ativa. Do contrário, o aumento real dos benefícios provocaria grave desequilíbrio nas contas da requerida, o que poderia facilmente conduzir à sua quebra, deixando a descoberto todos os beneficiários, inclusive os já aposentados. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0105.03.105756-2/001, 17ª Câmara Cível, Des. Rel. Eduardo Mariné da Cunha, *DJ* de 31.01.2008.)

> Apelação - Ação ordinária - Previdência privada - Suplementação de aposentadoria - Reajuste - Aumento real - Impossibilidade. - Não está obrigada a entidade de previdência privada a reajustar a suplementação de aposentadoria por ela custeada adotando índices que espelham, de acordo com a política governamental, reajustes com ganhos reais acima da inflação. A concessão de aumento real aos benefícios previdenciários não se estende àqueles pagos por entidade de previdência privada se não há expressa disposição estatutária nesse sentido. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0105.04.127925-5/001, 14ª Câmara Cível, Des. Rel. Dídimo Inocêncio de Paula, *DJ* de 16.11.2006.)

Dessarte, sendo incontroversa a aplicação dos índices de reajuste de 29,5471% em maio de 1995 e de 11,2508% em maio de 1996, tal como previsto no regulamento, o pedido deve ser julgado improcedente.

Conclusão.

Com essas considerações, divirjo do e. Relator e nego provimento ao recurso, para julgar totalmente improcedentes os pedidos iniciais. Ônus sucumbenciais nos exatos moldes da sentença.

É como voto.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL.

...

Reserva legal - Inexistência de floresta ou vegetação nativa - Irrelevância - Averbação - Exigência - Direito de propriedade - Função social - Meio ambiente - Prevalência do interesse coletivo

Ementa: Apelação cível. Registro de imóvel rural. Reserva legal. Inexistência de floresta ou vegetação nativa. Irrelevância. Direito de propriedade. Função social. Meio ambiente. Prevalência do interesse coletivo.

- Não há que se falar em destinação da reserva legal apenas em imóveis rurais nos quais ainda haja floresta ou vegetação nativa, visto que sua instituição busca ampliar as áreas de uso sustentável dos recursos naturais, a conservação e reabilitação dos processos ecológicos, a conservação da biodiversidade e a proteção da fauna e flora nativas, pouco importando se há, na área, vegetação nativa ou não.

- Deve-se aplicar, na interpretação das normas sobre a reserva legal, o entendimento de que a averbação deva ser exigida independente da existência de vegetação nativa ou floresta, visto ser essa a exegese que melhor se compatibiliza com a principiologia de proteção ao meio ambiente, e, por conseguinte, com as necessidades de preservação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0620.10.001762-8/001 - Comarca de São Gonçalo do Sapucaí - Apelante: Leandro Pereira Nogueira e outro - Apelado: Ministério Público do Estado 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, sob a Presidência do Desembargador Almeida Melo, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO, VENCIDA A REVISORA EM PARTE.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2011. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de Apelação Cível interposta por Leandro Pereira Nogueira, Suely Vilela Nogueira e Célio Ferreira contra a sentença de f. 98/104, proferida pela MM.ª Juíza da 1ª Vara da Comarca de São Gonçalo do Sapucaí/MG, que, nos autos da "Ação Civil Pública, que lhes move o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, julgou o autor carecedor de ação, relativamente a Célio Ferreira, por ilegitimidade passiva, julgando extinto o processo, sem resolução do mérito, em relação a ele, nos termos do artigo 267, VI, do CPC. Julgou procedente o pedido inicial, para determinar aos réus que, no prazo de 90 (noventa) dias, contados da intimação da sentença, averbassem a reserva legal, na proporção de 20% (vinte por cento) sobre o imóvel descrito às f. 69/73, sob pena de multa diária no valor de R$ 200,00 (duzentos reais), a ser recolhida ao Fundo Estadual mencionado à f. 19 da inicial, sem prejuízo da execução específica. Condenou-os, ainda, a cercar a área demarcada e a se absterem de nela intervir, de qualquer modo ou para qualquer finalidade, de maneira a permitir a regeneração ou o crescimento da vegetação nativa, também, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa diária no montante de R$ 200,00 (duzentos reais). Os réus foram, também, condenados ao pagamento das custas processuais, cuja exigibilidade restou suspensa, em razão de litigarem sob o pálio da Justiça gratuita.

Em suas razões (f. 106/116), suscitam preliminar de falta de interesse de agir do Órgão Ministerial. No mérito, sustentam, em resumo, que o prazo determinado pelo Decreto nº 7.029/2009 ainda não haveria expirado; que, conforme legislação ambiental em vigor, não estariam obrigados a averbar a reserva legal, uma vez que os referidos imóveis não possuiriam floresta ou vegetação nativa, sendo, totalmente, utilizados na lavoura/pecuária, com o plantio de milho e pastagens para gado de corte.

Com esses argumentos, requerem o acolhimento da preliminar aventada, ou, se ultrapassada, seja dado provimento ao recurso, para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Intimado, o Ministério Público apresentou contrarrazões às f. 120/132.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer de f. 120/132, opina pela confirmação da sentença.

Conheço do recurso, porquanto presentes os seus pressupostos legais de admissibilidade.

Alegam os apelantes, sem a observância da melhor técnica, que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (agravado) seria carecedor de ação por falta de interesse de agir, uma vez que ainda não teria transcorrido o prazo para a averbação da reserva legal.

Entretanto, tal preliminar confunde-se com o mérito, e com ele será analisada.

Cinge-se a controvérsia à verificação acerca da necessidade de se averbar a reserva legal em imóvel

rural, mesmo quando não houver neste vegetação nativa ou floresta.

Inicialmente, importante tecermos alguns comentários acerca da diferenciação entre reserva legal e área de preservação permanente.

A área de preservação permanente é definida no art. 2º do Código de Floresta, que assim preceitua:

> Art. 2° Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:
> a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:
> 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
> 2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
> 3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
> 4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
> 5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;
> b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;
> c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;
> d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;
> e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;
> f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;
> g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;
> h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.
> Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, obervar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.

Lado outro, a reserva legal é a área de conservação e reabilitação do processo ecológico e proteção da fauna e flora nativa, excetuando-se as áreas de preservação permanente. Assim, independente de o imóvel possuir ou não área de preservação permanente, esta não abrange, nem equivale, à reserva legal, sendo que a preservação de uma não desobriga a necessidade de averbação da outra no registro.

Dessa forma, o feito sob exame demanda a análise de vários princípios fundamentais no ordenamento jurídico pátrio, tal qual o direito à propriedade, bem como a sua função social, a defesa ao desenvolvimento econômico do país por meio da produção e a proteção ao meio ambiente.

Historicamente, antes da Constituição da República de 1934, a liberdade era vista como a capacidade de o indivíduo dispor e gozar de sua propriedade sem impedimentos estatais. Com o advento do Estado Democrático de Direito, a propriedade começa a ser destacada e tida como uma necessidade do indivíduo. Assim, o particular ainda detém o poder de guiar suas relações, contudo, limitada pela sociabilidade.

Certo é que, mesmo antes da promulgação da Constituição da República de 1988, o legislador pátrio já havia se preocupado com a proteção ao meio ambiente, editando o Código Florestal, Lei nº 4.771/65. Já havia previsão acerca da necessidade de se estipular uma reserva legal nos imóveis rurais, cuja definição foi dada pelo inciso III do art. 1º da citada, *in verbis*:

> Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativas.

Por sua vez, o artigo 16 e seu § 8º do Código Florestal, determinam que:

> Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:
> [...]
> § 8º. A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

O artigo 170 da CR/88, ao tratar da Ordem Econômica, atribui valor ao trabalho e à livre iniciativa, conforme os ditames da Justiça social, e em seu art. 5º, inciso XXIII, dispõe que a propriedade atenderá a sua função social.

É fundamental ressaltar que a tutela constitucional da propriedade também está alinhavada no art. 5º, inciso XXII, ou seja, imediatamente anterior ao inciso supramencionado. E esta inserção de princípios não é acidental, pois eles visam uma obrigatória relação de complementaridade entre a propriedade e a sua função social, como princípios da mesma hierarquia.

Assim, a propriedade privada deixou de ser absoluta, em virtude da garantia ao direito de propriedade para todos os cidadãos brasileiros, e essa é a nova concepção em prol da estrutura do Direito. Não se olvida da importância da produção agropecuária para a economia brasileira, que deve ser incentivada de forma

a proporcionar o desenvolvimento do País, contudo, também não se pode deixar de considerar o princípio relevante no âmbito jurídico atual, qual seja o da função social da propriedade.

O direito à propriedade, como dito, passou a assumir um papel social, em razão do qual o proprietário deixa de ser senhor absoluto da propriedade imobiliária e do destino a ela dado, para passar a ter o dever de utilizar a propriedade de forma a garantir seu aspecto social. Por tal razão, são impostas, muitas vezes, restrições, visando adequar seu exercício aos interesses da coletividade, compatibilizando os interesses envolvidos.

Fazendo-se, pois, a releitura da Lei nº 4.771/64, à luz da Constituição da República de 1988, conclui-se que as normas de defesa ambiental devem receber a interpretação mais protetiva possível, ou seja, não caberá ao intérprete restringir sua aplicabilidade, pois a *mens legis* das normas voltadas à preservação do meio ambiente é de que seja o mais abrangente possível.

Nessa seara, surge a discussão acerca da necessidade de haver floresta ou vegetação nativa preexistente para que se aplique a norma contida no art. 16, § 8º da Lei nº 4.771/64, ou, se mesmo em casos de não mais haver, no imóvel, vegetação com tais características, ser exigível a estipulação da reserva legal.

Nesse duelo interpretativo, entendo que deva ser aplicada a exegese que melhor se compatibiliza com a principiologia de proteção ao meio ambiente, e, por conseguinte, com as necessidades de preservação impostas pelo meio ambiente, que já vem dando sinais de sua falência, em razão da má utilização pelo homem.

Com efeito, inexistem dúvidas de que, por força do princípio segundo o qual as normas que limitam exercício de direito não podem ser interpretadas restritivamente, não caberia ampliar a interpretação do art. 16 do Código Florestal, para abranger todo e qualquer imóvel rural, com ou sem vegetação nativa ou floresta, na medida em que tal entendimento restringiria o direito de propriedade do particular.

Também não se pode restringir a aplicação de norma que visa proteger interesse difuso da sociedade, como é o caso das normas que buscam preservar o meio ambiente.

Ocorre que estou a entender, após longa reflexão, pela necessidade de se aplicar a interpretação ampliativa que favorece a proteção ao meio ambiente, de forma, não somente, a preservar os recursos naturais e evitar catástrofes futuras, mas, principalmente, de preservar a própria espécie humana.

Sendo assim, não havendo qualquer restrição na legislação, sobre a determinação de reserva legal somente em propriedades nas quais ainda houver floresta ou vegetação nativa, é imperativo que a reserva seja fixada em toda e qualquer propriedade rural. Isso porque, conforme se depreende do conceito de reserva legal, trazido pela MP nº 2.166, não há qualquer imposição à pré-existência de vegetação florestal ou nativa, visando-se, com a reserva legal, apenas o equilíbrio e a preservação dos recursos naturais, da reabilitação dos processos ecológicos e da conservação da biodiversidade.

Se o objetivo da lei fosse dispensar do dever de conservação da reserva legal o imóvel no qual não mais houvesse floresta ou vegetação nativa, seria fácil aos proprietários furtar-se ao cumprimento da legislação, visto que estes poderiam liquidar toda a vegetação nativa antes de proceder ao registro público do imóvel, ficando, então, dispensado da reserva legal.

Impende observar ainda que, caso a exigência de conservação da reserva legal fosse somente em relação a áreas ainda não desmatadas ou cobertas por vegetação nativa, seriam raras as reservas legais no Brasil, sendo que, somadas, não seriam capazes de cumprir o objetivo almejado pelo legislador.

Portanto, *data venia*, não merece prosperar o argumento utilizado por aqueles que defendem ser exigível a averbação de reserva legal em imóvel que contenha vegetação ou floresta nativa, no sentido de que somente há necessidade de preservar áreas de propriedades que as contenha, face à possibilidade de virem a ser exploradas ou suprimidas.

Não se preconiza, aqui, impedir o livre exercício do direito de propriedade, contudo, sua proteção pela Constituição da República de 1988 somente é viável quando houver sua utilização com escopo social.

Quanto à alegação de que o Decreto nº 6.514/2008, de 22 de julho de 2008, em seu artigo 152, teria dilatado o prazo para regularização da reserva legal, não merece acolhida, uma vez que o citado decreto trata, tão somente, das infrações e sanções administrativas atinentes às hipóteses em que a reserva legal deixou de ser averbada dentro do prazo estabelecido, por aquele que deveria fazê-la, melhor dizendo, pelo proprietário do imóvel.

Ademais, o prazo para se averbar a reserva legal está previsto na Lei Federal nº 4.771/65, que não poderia, em hipótese alguma, ser alterada pelo mencionado decreto, como querem fazer crer os apelantes.

Isso posto, pelas razões ora aduzidas, nego provimento ao recurso, para manter inalterado o *decisum* objurgado.

DESª. HELOÍSA COMBAT - Trata-se de apelação cível interposta por Leandro Pereira Nogueira e Suely Vilela Nogueira contra a r. sentença de f. 98/104, nos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva do réu Célio Ferreira, extinguindo o processo quanto a ele sem resolução de

mérito, e julgou procedente o pedido inicial quanto aos demais réus para, no prazo de 90 (noventa) dias, contados da intimação da sentença, averbarem a reserva legal, na proporção de 20% (vinte por cento), sobre o imóvel descrito às f. 69/73, sob pena de multa diária no valor de R$ 200,00 (duzentos reais), a ser recolhida ao fundo mencionado à f. 19, sem prejuízo da execução específica. Condenou-os, ainda, a cercar a área demarcada e se absterem de nela intervir, também no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa diária de R$ 200,00 (duzentos reais).

O douto Relator está negando provimento ao recurso, para manter inalterada a r. sentença impugnada.

Peço vênia para divergir pontualmente, somente no tocante à fixação das multas cominatórias, mais precisamente quanto a sua limitação temporal.

O prazo fixado pela decisão atacada não merece reparos, pois razoável.

O julgador monocrático fixou para ambas as determinações especificadas - averbação da reserva legal e cercamento da área demarcada, o prazo de 90 (noventa) dias para cumprimento da obrigação de fazer, todavia, não o fazendo, arbitrou aos réus, ora apelantes, multa diária no importe de R$ 200,00 (duzentos reais), sem que fixasse uma limitação no seu valor.

Com relação à multa diária aplicada contra os apelantes, esta justifica-se em prol da efetividade da medida determinada pelo MM. Juiz *a quo*, como forma de compeli-los ao implemento da obrigação, procedendo à averbação da reserva legal nos exatos termos do artigo 16, § 8º, do Código Florestal, e cercando a área demarcada, nela não intervindo, de maneira a permitir a regeneração ou crescimento da vegetação nativa.

Dessa forma, o valor da multa também foi fixado corretamente, nem demasiadamente baixo, nem desproporcionalmente alto. A redução buscada pelo apelante acabaria por esvaziar a medida coercitiva que não alcançaria seu caráter inibitório.

Neste sentido, Nelson Nery Júnior em seu Código de Processo Civil comentado:

> Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz.

Recomenda-se que, ao deferir a medida e arbitrar a multa, não se limite o julgador a fixar prazo para o cumprimento e o valor diário do encargo, devendo também ser estabelecido um limite máximo, evitando-se os excessos.

Na espécie, depreende-se dos autos que os apelantes apresentam restrições financeiras, conforme consta da certidão à f. 29, pelo que a recusa da proposta do Termo de Ajustamento de Conduta para averbação da área da reserva legal do imóvel que lhes pertence, diga-se de passagem, uma chácara com área aproximadamente de 66,09,75ha (sessenta e seis hectares, nove ares e setenta e cinco centiares) - f. 69, deu-se, também, em função das dificuldades financeiras enfrentadas pelo casal.

Ademais, uma das obrigações de fazer, consistente em cercar uma área de 20% da extensão do terreno, a meu ver, extensa, envolve, por óbvio, despesas, gerando gastos com material e mão de obra, a onerar ainda mais os apelantes, sem falar na possibilidade de imprevistos, que ocasionem o retardamento no implemento da determinação judicial.

Feitas essas ponderações, é de bom alvitre limitar a multa diária ao patamar máximo de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), com a finalidade de não onerar demasiadamente os apelantes, evitando-se a elevação indefinida do montante a valores exorbitantes.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, reformando a r. decisão monocrática apenas para limitar as multas aplicadas em 1ª instância ao valor máximo de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), cada uma.

DES. ALMEIDA MELO - De acordo com o voto do Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDA A REVISORA EM PARTE.

...

Receptação dolosa - Veículo clonado - Origem ilícita do bem - Conhecimento pelo réu - Indícios suficientes - Uso de documento falso - CRLV adulterado - Condenação

Ementa: Receptação dolosa. Indícios seguros. Condenação. Necessidade.

- Se o réu apresenta uma versão pueril e que não teria contato com a realidade, não demonstrando uma só de suas considerações sobre a aquisição de veículo, ou mesmo idoneidade econômica, ficando patente pela prova pericial que houve a clonagem por adulteração tanto do chassi, como do CRLV, os indícios convergem de forma segura para o conhecimento da condição ilícita do bem, mormente quando fique patente outra ação de clonagem atribuída ao réu.

Uso de documento público adulterado. Absolvição. Impossibilidade.

- Incide nas sanções do art. 304 do Código Penal quem utiliza certificado de registro e licenciamento de veículo adulterado como forma de mascarar a posse de veículo clonado.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0778.03.003002-8/001 - Comarca de Arinos - Apelante: P.L.V.V. - 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, sob a Presidência do Desembargador Judimar Biber, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2011. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Trata-se de recurso de apelação criminal aviado pela defesa de P.L.V.V., em face da sentença de f. 440/450, que julgou procedente a denúncia aviada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais e condenou o ora apelante como incurso nas sanções do art. 180, c/c art. 304, na forma do art. 69 do Código Penal, impondo-lhe uma reprimenda de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a serem cumpridos em regime aberto, bem como ao pagamento da pena pecuniária de 24 (vinte e quatro) dias-multa.

Em suas razões de recurso (f. 453/459), busca a defesa, inicialmente, a absolvição do delito do art. 180 do Código Penal, alegando inexistência de prova no sentido de que o réu tivesse conhecimento da origem ilícita do bem encontrado em sua posse, pugnando, alternativamente, pela desclassificação do delito para a modalidade culposa.

Em relação ao delito do art. 304 do Código Penal, alega não terem sido produzidas provas de que o réu sabia da falsificação do documento do veículo, o que suscitaria sua absolvição.

O recurso foi devidamente contra-arrazoado às f. 462/476.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 482/488, pugna pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Nos termos do recurso voluntário, insurge-se a defesa contra a condenação, alegando insuficiência de provas da prática dos delitos do art. 180 e art. 304 do Código Penal, tal qual descrito pela denúncia que narra:

> [...] Consta do incluso inquérito policial que em data não precisada, no final do ano de 2002, período vespertino, na 708, W Norte, Brasília/DF, o ora denunciado adquiriu em proveito próprio, 01 (um) veículo GW/Silverado D20, cor preta, ano de fabricação 2001, placa alfanumérica BLI - 6495, Bataguassu/SP, produto de furto em Lindóia SP, em prejuízo da vítima A.L.T.
>
> Segundo as informações, o ora denunciado adquiriu o referido veículo de terceira pessoa conhecida como G.V.A., ainda não qualificada, residente na xxxx, loja 02, Asa Norte/DF, pagando pelo referido bem a quantia de R$37.000,00 (trinta e sete mil reais), sendo que o veículo possuía a documentação falsificada, similar a de outro veículo, de características semelhantes, procedimento ilícito conhecido, vulgarmente por 'clonagem'.
>
> Acrescente-se, ademais, que o negócio jurídico entabulado não fora secundado em recibos ou notas fiscais, indicando a consciência plena de que o bem móvel poderia ser de origem ilícita e criminosa.
>
> Restou evidenciado, na mesma senda criminosa, a prática do delito de uso de documento público falso, tendo em vista que houve a utilização irrestrita de CRLV falsificado (f. 185), para acobertar o crime adscrito, valendo evidenciar que parte dos dados utilizados na documentação veicular era de outro veículo congênere (f. 45), de placa alfanumérica BLI 6495, Badaguaçu, Estado de Mato Grosso do Sul, restando vilipen-

> diados os interesses da Administração Pública, no controle e fiscalização da propriedade de veículos automotores. [...]

A materialidade do delito encontra-se devidamente consubstanciada pelo boletim de ocorrência de f. 09/11, pelo auto de apreensão de f. 12, pelo laudo de f. 16/18, bem como pelo auto de depósito de f. 44.

No que respeita à autoria, apesar da negativa do réu, esta também não consente dúvidas.

Quando ouvido na fase inquisitorial (f. 83/84), o réu, que se declarou corretor de veículos, afirmou que teria adquirido o veículo da pessoa de G.V., após consulta, via telefone, no Detran de Brasília/DF, e que tanto o veículo quanto o CRLV estavam sem qualquer impedimento:

> [...] Que no final do ano de 2002, não recordando o dia da semana nem o mês, quando estava na cidade de Brasilia/DF, especificamente na 708, W 3 Norte, no horário da tarde, em dado momento, o veículo Silverado Cor preta, citado no presente auto, estava sendo conduzido por uma pessoa que o declarante não conhece, e em tal veículo havia uma plaqueta dizendo que o mesmo estava a venda; que em conversa com tal pessoa, esta disse que era corretor de veículos automotores, e que estava vendendo aquela Silverado no valor de R$39.000,00 (trinta e nove mil reais), nisto o declarante disse que se o mesmo não 'deixava' tal veículo por um menor valor; que após conversarem o veículo em questão ficou pela quantia de R$37.000,00 (Trinta e sete mil reais) e que o declarante pagaria R$34.000,00 (trinta e quatro mil reais) naquele instante e o restante de R$3.000,00 (Três mil reais), pagaria no prazo de dez dias, e assim foi feito; que assim que o declarante adquiriu o veículo citado no presente procedimento, e no prazo de dez dias, o restante que faltava em dinheiro foi devidamente quitado; que após fazer este último pagamento já estando o declarante de posse do veículo em questão, e faltava pegar o CRV de tal veículo, o declarante veio para esta cidade de Arinos; que nesta cidade a Polícia Militar lhe abordou, e a mesma fez a apreensão de tal veículo; que quando comprou tal veículo declarante pegou o CRLV, ficando para pegar o CRV quando quitasse tal veículo, mas um dia antes de pegar este último documento seu veículo foi apreendido; que comprou o veículo citado da pessoa de G.V.A., com endereço na xxxx - Loja 02 - Asa Norte/DF, telefones [...] ; Que esclarece que quando comprou tal veículo o declarante ligou para o Detran/DF, e lá via telefone, passou dados de tal veículo em questão, dados estes provenientes do CRLV, e após passar os dados solicitados, o Detran/DF, informou que o veículo Silverado em tela, estava sem impedimento algum, e assim o declarante comprou tal veículo; que não sabia que o veículo citado era produto de crime; que ficou com o veículo em tela, pelo prazo de dez dias, aproximadamente; que comprou tal veículo para revendê-lo, para quem quisesse comprá-lo; que em nenhum momento, estando com tal veículo, o declarante suspeitou que o mesmo poderia ser produto de crime; que não sabe esclarecer como tal veículo foi roubado no estado de São Paulo; que esclarece que até o presente momento o declarante não tem resposta de como comprovar a autenticidade do veículo Silverado; [...]

Em juízo (f. 270/271), o réu continuou a negar que soubesse da origem ilícita do veículo, mas inovou parcialmente sua versão anteriormente apresentada, visto que dessa vez afirmou que a pessoa de G. lhe teria apresentado uma procuração outorgada pelo proprietário do veículo, e, mesmo sem conhecer o vendedor acreditou na sua palavra no sentido de que o documento de compra e venda seria assinado pelo proprietário do veículo, após o término do pagamento restante:

> [...] que são em parte verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que adquiriu o veículo descrito na denúncia, na cidade de Brasilia de uma pessoa conhecida como G., tendo realizado o pagamento da quantia de R$ 34.000,00, em pecúnia, e o restante iria pagar posteriormente; que não conhecia o Sr. G.e entrou em contato com ele, tendo em vista que estava assentado em uma lanchonete na Asa Norte-DF e viu o referido indivíduo transitar com o carro com anúncio de venda; que verificou o CRLV do veículo, que estava em nome de uma terceira pessoa não se recordando quem era; que o vendedor possuía uma procuração outorgada pelo proprietário; que fez a verificação apenas de registro de multas ou restrições, de acordo com a placa do veículo; que conferiu se o chassi era semelhante ao CRLV e era similar; que a placa era semelhante ao documento; que recebeu o veículo e o respectivo CRLV e documento do carro sem assinatura do proprietário, pois confiou na palavra do vendedor, o qual prometeu que iria entregar a transferência do veículo após o pagamento total do preço; que não assinou nenhum recibo e nem fez nenhum contrato referente ao veículo; que apossou-se do veículo; que foi para Arinos e posteriormente, na porta de sua casa os policiais o abordaram e realizaram diversas vistorias no veículo, tendo constado após dois meses que o documento havia sido adulterado e o veículo objeto de furto anterior; que não sabia que o veículo havia sido furtado e nem que o documento do carro havia sido adulterado; que o veículo foi apreendido; [...]

Por si sós, as declarações prestadas pelo réu, seja na fase inquisitorial, seja em juízo, não deixam dúvidas de que o mesmo não tinha qualquer compromisso com a verdade.

Em que pesem as ponderações da defesa, a pueril versão do réu, no sentido de que teria adquirido o veículo de uma pessoa que vira apenas uma vez na vida, passando por uma praça e que portava uma procuração para venda, não se coaduna com nenhum procedimento de venda de veículo, mormente quando afirma que realizou o pagamento no valor de R$34.000,00, dos R$37.000,00 resultantes da negociação, sem colher sequer recibo de pagamento da importância que supostamente fora por ele adiantada, ou os dados e assinatura no documento de transferência, ou mesmo reter a suposta procuração que conferia ao portador o direito de alienar o bem.

Não há nos autos sequer demonstração de que o valor declinado no adiantamento estivesse no patrimônio do réu no momento da suposta aquisição, e bastaria ao réu trazer a lume a origem e a destinação do vultoso valor que teria adiantado ao vendedor, mas nada disso há nos autos, nem mesmo o documento de transferência

do veículo para o seu próprio nome, tornando patente o fato de que a aquisição não se deu da forma por ele narrada.

A só ausência de documentação comprobatória, seja da forma de aquisição do veículo declinado pelo réu, seja de elementos condizentes com a aquisição lícita, não deixaria margem de dúvida de que o réu adquiriu o veículo de pessoa e por valor diverso do que declinou, mormente quando não faz prova nem sequer de capacidade econômica para a própria transação.

Todos esses fatos, que são demonstrados pelas versões apresentadas pelo réu, não deixam dúvida de que o réu tinha pleno conhecimento de que o veículo que lhe fora alienado não seria de origem lícita, porque, fosse de outra forma, não teria que construir uma versão absolutamente inverossímil da própria forma de aquisição, mesmo porque não apresentou um só documento para respaldar quaisquer de suas considerações.

O veículo, por sua vez, apresentava uma evidente adulteração no chassi, para que passasse por outro veículo, o que acaba dando suporte ao fato de que o réu jamais teve a intenção de produzir a informação de transferência no respectivo departamento de trânsito, em função da remarcação numérica do penúltimo número, visualizável no documento de f. 13 e na perícia de f. 18 dos autos, além de ter havido adulteração do número do próprio registro original do veículo clonado, com o único propósito de dificultar o próprio registro original.

E as provas não param por aí, já que, segundo consta no boletim de ocorrência de f. 09/11, a prisão do réu somente ocorrera em razão de uma denúncia anônima dando conta de que um indivíduo estaria conduzindo um veículo (Silverado) clonado, havendo informações policiais de que o mesmo já se teria envolvido em um acidente, no qual também conduzia um veículo clonado:

> [...] Nesta data, fomos informados pelo Sr. H.E.A.S., Detetive de Polícia desta cidade, tendo nos relatado que obteve através de denúncia anônima uma informação que um indivíduo não identificado estaria nesta cidade conduzindo um veículo caminhonete GM Silverado, cor preta, placa BLI-6495 da Cidade de Bataguassu/MS, possivelmente clonada. Durante patrulhamento localizamos o veículo caminhonete GM/Silverado D-20, cor preta, placa BLI-6495 da cidade de Bataguassu/MS, conduzida pelo condutor/autor P.L.V.V., que durante a fiscalização no referido veículo constatamos que na segunda via do CRLV possui a assinatura manuscrita, e o carimbo do responsável pelo licenciamento não possui o nr. do Masp e a numeração do motor, a CMG e PTB deveria estar no campo de observações e não acima dele, tendo o suspeito ficado bastante nervoso dizendo que não entregaria o veículo para nós; e após sermos informados pela Polícia Militar Rodoviária desta Cidade, que o autor já foi envolvido em um acidente de trânsito rodoviário, estando o mesmo conduzindo um veículo VW/Parati que era clonado; [...]

O policial V.P.S., responsável pela apreensão do veículo (f. 65), informou que havia divergências tanto no CRLV fornecido pelo réu, quanto nas informações gravadas no veículo:

> [...] Que observando o CRLV o depoente viu que os gravames de motor e capacidade máxima de tração, estavam em campo errado, e também não havia a numeração funcional da autoridade que assina tal documento; que com relação ao veículo citado, depoente anotou dados de numerações apostas no mesmo, e comparou com o sistema *on line* de trânsito, estadual e nacional, tendo havido divergências, na numeração do peso bruto total, alguns números que foram danificados no compartimento do motor; [...]

Também o militar F.A. (f. 67) não deixa dúvidas de que o réu, ao ser abordado pela polícia, tentou se esquivar da ação policial, alegando que nada de errado teria com o documento do veículo, nem tampouco com a Silverado apreendida:

> [...] Que no final do ano de 2002, estando de serviço, depoente e seu colega de trabalho, o Cb E., receberam notícia através do Detetive S., dizendo que o nacional P.L., estaria de posse de um veículo D20 Silverado de cor preta, e possivelmente tal veículo poderia ser 'clonado'; que, de posse de tal notícia, depoente e seu colega de trabalho, saíram à procura da pessoa de P.L., pela cidade de Arinos; que encontrou a mesma placa BLI-6495/Bataguassu/MG; que abordando a pessoa do Sr. P., e esclarecendo o que estava ocorrendo, nisto o Sr. P. apresentou um CRLV, e o mesmo disse que tal documento estava correto, bem como seu veículo; que o Sr. P. foi convidado para ir ao quartel policial, juntamente com o veículo para que fosse feito averiguações com relação ao veículo citado; que inicialmente, o Sr. P. tentou se esquivar, não querendo ir ao quartel, mas com insistência do depoente, tal senhor resolveu ir ao quartel da polícia desta cidade; que no quartel foram feitas anotações de numerações de tal veículo, e comparando com dados extraídos do sistema *on line* do Detran estadual e nacional, foi constatado que estava havendo divergências quanto a algumas numerações do peso bruto e os outros apostos em tal veículo, e inclusive o CRLV apresentado pelo Sr. P., não apresenta a numeração funcional da pessoa que assina tal CRLV, e também o CMT e PTB estavam em campo diferente; [...]

No mesmo sentido a versão do policial E.A.O. (f. 295/296), que não deixa dúvidas de que a perícia realizada pela Polícia Militar constatou que a numeração do chassi da caminhonete apreendida em poder do réu não estava devidamente alinhada, o que chamou a atenção dos policiais, por ser indício de adulteração.

Some-se, aos indícios apontados, o fato de o réu encontrar-se processado por outros dois delitos da mesma natureza, conforme nos dá conta a folha de antecedentes criminais juntada às f. 305/309 e ofício juntado à f. 14 dos autos.

Ao contrário do que sustenta a combativa defesa, não há qualquer dúvida acerca da autoria da receptação pelo réu, apesar de sua negativa.

É preciso que não se perca de vista que, em se tratando de crime de receptação, a apreensão de bens em poder do suspeito inverte o ônus da prova, impondo-lhe o dever cabal de justificar o fato, a fim de elidir eventual delito, do que não se desincumbiu o apelante, já tendo esta Câmara se manifestado mais de uma vez a respeito do tema, senão vejamos:

> Penal e processual penal. Receptação dolosa simples (art. 180, *caput*, do Código Penal) e tráfico ilícito de substância entorpecente (art. 12 da Lei nº 6.368/76). Autoria e materialidade comprovadas. Absolvição. Impossibilidade. - Se a autoria e a materialidade dos delitos de receptação dolosa simples e de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes encontram-se comprovadas, não sendo possível a absolvição pretendida pela Defesa, deve prosperar o recurso ministerial que combate a desclassificação operada pelo Magistrado *a quo*, pois não se pode reconhecer a prática do delito de posse de substância entorpecente para uso pessoal quando não se tem prova segura deste alegado destino único, ainda mais quando os demais dados da prova apontam para a configuração do tráfico, e não do simples uso. Em tema de receptação, a só posse injustificada da *res* faria - como no furto - presumir a autoria. Ao possuidor, tal sucedendo, é a quem competiria demonstrar havê-la recebido por modo lícito. A apreensão da *res furtiva* em poder do acusado enseja, induvidosamente, a inversão do ônus da prova (TJMG - Ap. Crim. 1.0079.04.161342-7/001 - 1ª C.Crim. - Rel. Des. Sérgio Braga - *DJMG* de 01.02.2007).

> Apelação criminal. Irresignação defensiva. Receptação. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Apreensão da coisa subtraída em poder do agente. Presunção de responsabilidade. Inversão do ônus da prova. Condenação mantida. Recurso ministerial. Adulteração de sinal identificador de veículo. Placas trocadas. Art. 311 do CP. Ausência de provas da autoria delitiva. Absolvição mantida. Regime. Modificação. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Possibilidade. Réu primário, sem antecedentes. Fixação do regime aberto. Recursos conhecidos, desprovido o da acusação e parcialmente provido o da defesa (TJMG - Ap. Cr. 1.0024.04.466013-2/001 - Rel.ª Des.ª Márcia Milanez - 1ª C.Cr. - *DJMG* de 03.04.2007).

> Apelação criminal. Receptação dolosa. Bem apreendido em poder da acusada. Inversão do ônus da prova. Não comprovação. Presunção de responsabilidade. Recurso desprovido. - Na receptação, a apreensão da coisa subtraída em poder do agente gera a presunção de sua responsabilidade, invertendo-se o ônus da prova, impondo-se justificativa inequívoca, assim, se esta for dúbia e inverossímil, transmuda-se a presunção em certeza, autorizando a condenação (TJMG - Ap. Crim. 1.0024.03.109124-2/001 - 1ª C.Crim. - Rel. Des. Eduardo Brum - *DJMG* de 16.12.2006).

Na mesma linha, outros posicionamentos deste egrégio Tribunal:

> Receptação dolosa. Prova. Indícios e circunstâncias. Suficiência. - Tal como ocorre com o crime de furto, em se tratando de receptação, a simples posse injustificada da *res* já seria suficiente para fazer presumir a autoria. Assim sendo, estando respondendo pelo delito previsto no art. 180, *caput*, do CP, é do réu o ônus de fazer a prova por modo lícito, uma vez que a apreensão da *res furtiva* em poder do mesmo enseja a inversão do ônus da prova (TJMG - Ap. Crim. 1.0460.04.014529-0/001 - 3ª C. Crim. - Rel. Des. Paulo César Dias - *DJMG* de 19.04.2006).

Destaco que a tentativa da defesa de desmerecer a atuação policial é de todo descabida, porquanto a jurisprudência dos nossos tribunais é iterativa no sentido de que os milicianos, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos pela simples condição funcional.

O próprio Supremo Tribunal Federal já firmou a sua validade como prova, quando convergente com os demais elementos existentes nos autos, senão vejamos:

> Processual penal. Penal. Testemunha policial. Prova: exame. I. - O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento. II. - Não é admissível, no processo de *habeas corpus*, o exame aprofundado da prova. III. - *HC* indeferido (STF - *HC* 76557-RJ - 2ª T. - Rel. Min. Marco Aurélio - Rel. para o acórdão Min. Carlos Velloso - *DJU* de 02.02.2001 - p. 73).

> *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Nulidade da sentença condenatória. Insuficiência das provas de acusação. Depoimentos prestados em juízo por autoridades policiais. Validade. - É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações [...] Ordem denegada. (STF - *HC* 87.662-PE - 1ª T. - Rel. Min. Carlos Britto - *DJU* de 16.02.2007 - p. 48).

O posicionamento desta Câmara é uniforme nesse sentido e não diverge, e questão idêntica já foi objeto de análise dentro desta Câmara, senão vejamos:

> Apelação criminal. Tráfico de entorpecentes. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Mercancia. Retratação de usuário em juízo. Depoimento extrajudicial perfeitamente válido. Palavra dos policiais. Validade. Condenação mantida. Aplicação de pena. Réu primário e de bons antecedentes. Inteligência da Súmula 43 do Grupo de Câmaras Criminais. Redução que se impõe. Regime inicial fechado. Concessão. Possibilidade. Inconstitucionalidade do art 2º, §1º, da Lei 8.072/90, declarada pelo eg. STF. Recurso conhecido e parcialmente provido. - A delação de usuário na fase extrajudicial reveste-se de grande valor probatório, mister quando a retratação é absolutamente inverossímil e fantasiosa. Os depoimentos dos policiais que efetuaram o flagrante são perfeitamente válidos, revestidos da fé pública e aptos a ensejar um decreto condenatório, quando ausentes indícios de má-fé, abuso

de poder ou motivação para prejudicar o acusado (TJMG - Ap. Crim. 1.0407.06.011991-1/001 - 1ª C.Crim. - Rel.ª Des.ª Márcia Milanez - *DJMG* de 23.01.2007).

Por outro lado, a versão apresentada pelos policiais encontra-se comprovada por documentos constantes dos próprios autos, tornando ainda mais precária a pretensa desqualificação.

Em que pese a pretensão da defesa de desclassificação do delito de receptação para a modalidade culposa, não vejo dúvida alguma de que o réu tinha completo conhecimento da origem ilícita do bem que foi encontrado em sua posse, porque, fosse de forma diversa, jamais teria construído uma inverossímil versão de aquisição lícita por valor próximo ao do mercado, ou tentado ocultar o real vendedor do veículo.

Quanto ao crime do art. 304 do Código Penal, o certificado de registro e licença do veículo (CRLV), apreendido em poder do réu, foi submetido à perícia (f. 188/189), ficando patente a remarcação do número lançado no licenciamento.

O réu não desconhecia a natureza ilícita do bem, e não se sabe ao certo se produziu a própria clonagem ao adquirir o veículo, produzindo os documentos a darem suporte à própria fraude engendrada; no entanto, tal situação não desqualifica a própria ação de se utilizar do documento público adulterado, antes, pelo contrário, os indícios trazidos aos autos sustentam inteiramente o fato de que não só conhecia a origem ilícita do bem, como a fraude produzida nos documentos.

Não vejo como se sustentasse o real desconhecimento do réu da inidoneidade dos documentos apresentados, mesmo porque, ao esconder as condições em que se deu a aquisição, deixando patente o fato de que tinha conhecimento da origem ilícita do próprio veículo que acabou em suas mãos, não seria mesmo sustentável que desconhecesse a adulteração, mormente quando a indicação de transferência por recibo se encontrasse em branco e fique patente o fato de que não é a primeira ação de clonagem atribuída ao réu.

Os indícios acabam dando a certeza necessária de que o réu não apenas tinha conhecimento da receptação, como da inidoneidade do documento por ele apresentado, não merecendo prosperar a benéfica versão da defesa, que, na verdade, está sustentada em pseudodúvida sobre o fato, quando todos os indícios trazidos aos autos acabam convergindo para o fato de que o réu teria se servido do expediente de adquirir tanto o veículo como a documentação adulterada, como forma de dar legitimidade à posse do bem.

Por certo que não há qualquer suposição a impor a condenação, mas prova indiciária legítima, cujo conceito se encontra escorreito no art. 239 do Código de Processo Penal, que é taxativo no sentido de que é indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Sobre o valor probatório dos indícios, afirma Júlio Fabbrini Mirabete que tanto mais forte o indício quanto mais íntima sua relação com o fato, não havendo princípios inflexíveis sobre o valor da prova indiciária no processo.

Prossegue, adiante, assinalando que, diante do sistema da livre convicção do juiz, encampado pelo Código, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se atesta na exposição de motivos, em que se afirma não haver hierarquia de provas por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a outra. Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade, são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado. (In *Código Penal interpretado*. São Paulo: Ed. Atlas, 1999, p. 532.)

Logo, não vislumbrei as condições probatórias sugeridas, não merecendo reparo a decisão condenatória que bem analisou as provas e as condições circunstanciais constantes dos autos.

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 ALBERTO DEODATO NETO e FLÁVIO LEITE.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Crime ambiental - Art. 56 da Lei 9.605/98 - Armazenamento e comercialização de óleo diesel - Infração que deixa vestígios - Prova pericial - Necessidade - Laudo pericial - Inexistência - Art. 386, II, do Código de Proceso Penal - Absolvição

Ementa: Crime ambiental. Infração que deixa vestígios. Prova pericial. Necessidade de laudo pericial.

- Para caracterizar a infração prevista no art. 56 da Lei 9.605/98, referente à comercialização, armazenação, guarda ou ter em depósito substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos, tratando-se de delito que deixa vestígios, mostra-se imprescindível a prova pericial para demonstrar a materialidade da infração da substância apreendida.

Recurso desprovido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0453.07.011208-2/001 - Comarca de Novo Cruzeiro - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: J.G.C. - 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, sob a Presidência do Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2011. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Perante o Juízo da Comarca de Novo Cruzeiro, J.G.C., alhures qualificado, foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 56 da Lei nº 9.605/98.

Quanto aos fatos, narra a denúncia de f. 02/04 que, no dia 13 de janeiro de 2007, na BR 116, km 221, zona rural do Município de Catuji/MG, "Policiais Florestais flagraram o denunciado tendo em depósito e comercializando óleo diesel, sem a devida licença do órgão competente".

Narra ainda a denúncia que

> no local foram encontrados 600 (seiscentos) litros do referido combustível, divididos em galões de vinte litros, e um tambor de 200 (duzentos) litros, armazenados em cômodo fechado e com pouca ventilação.

Por fim, concluiu o il. representante do *Parquet* que

> J.G.C. tinha em depósito e comercializava substância tóxica, perigosa e nociva à saúde humana e ao meio ambiente, qual seja óleo diesel, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos, enquadrando-se sua conduta ao tipo previsto no art. 56 da Lei 9.605/98.

Regularmente processado, ao final, sobreveio a r. sentença de f. 65/66, julgando improcedente a pretensão punitiva estatal, absolvendo J.G.C., com fulcro no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Inconformado com a r. sentença absolutória, a tempo e modo, apelou o Ministério Público (f. 67). Em suas razões recursais (f. 69/75), bate o *Parquet* pela condenação do acusado nos termos da denúncia.

O recurso foi devidamente contra-arrazoado pela defesa (f. 77/78), pugnando pelo seu desprovimento.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Sérgio Lima de Souza (f. 83-85), il. Procurador de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso apresentado.

Não foram arguidos questionamentos preliminares, e, não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito da apelação.

Como visto alhures, busca o *Parquet* a condenação do apelado nos termos do art. 56 da Lei 9.605/98, que dispõe:

> Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos:
> Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.
> § 1º Nas mesmas penas incorre quem abandona os produtos ou substâncias referidos no *caput*, ou os utiliza em desacordo com as normas de segurança.

Em que pesem as judiciosas razões do Órgão Ministerial, com a devida vênia, tenho que não lhe assiste razão ao pleitear a condenação do apelado.

O delito em comento, por constituir infração que deixa vestígios, apenas tem a sua materialidade caracterizada através de exame pericial regularmente elaborado, em consonância com o art. 158 do Código de Processo Penal, que assim dispõe: "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado".

Logo, deixando o crime vestígios materiais, é indispensável o exame de corpo de delito direto, elaborado por peritos oficiais para se comprovar a materialidade do crime que será realizada diretamente sobre o objeto material do crime, ou, não mais podendo sê-lo, pelo desaparecimento do vestígio, será feito de modo indireto.

Dessa forma, é imprescindível a prova pericial para caracterizar a materialidade do delito, não podendo ser suprimida sequer por eventual confissão do acusado. Sobre o assunto, confiram-se os seguintes arestos:

> Crime ambiental. Perícia oficial. Desmatamento de espécie nativa. Provas inexistentes. Absolvição. - Não existindo prova da materialidade do crime, qual seja perícia oficial, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, é de absolver os denunciados. Provimento do recurso que se impõe (TJMG, 3ª C. Crim. Ap. nº 1.0028.03.003553-0/001, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, v.u., j. em 27.05.2008; in *DOMG* de 08.07.2008).

> Processual penal. Crime ambiental. Ausência de exame de corpo de delito. Infração que deixa vestígios. Nulidade insanável. - Enseja a declaração de nulidade da ação penal a ausência de realização de exame pericial, para efeito de demonstração da materialidade de crime de natureza ambi-

ental, segundo a inteligência do art. 158 c/c art. 564, III, *a*, do CPP (TJMG, 2ª C. Crim. Ap. nº 1.0000.00.304034-2/000, Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, v.u., j. em 06.03.2003; in *DOMG* de 28.03.2003).

Ementa: Art. 15 da Lei 6.938/81. Crime de perigo concreto. Inexistência nos autos de laudo pericial que comprove tal situação. Absolvição decretada (TJMG, 3ª C. Crim. Ap. nº 1.0000.00.179877-6/000, Rel. Des. Mercêdo Moreira, v.u., j. 05.09.2000, p. no *DOMG* de 04.10.2000).

Crime ambiental. Ausência de prova do efetivo prejuízo ao meio ambiente. Se os laudos não afirmam com certeza que houve prejuízo ao meio ambiente, negam a supressão de espécies nativas e divergem quanto à constatação de que a área destruída foi de preservação permanente, afirmando, inclusive, a desnecessidade de reparação do local, não se pode afirmar configurada a infração penal (TJMG, 3ª C. Crim. Ap. nº 1.0479.02.033869-1/001, Rel.ª Des.ª Jane Silva, v.u., j. 18.10.2005, in *DOMG* de 18.10.2005).

Ora, o laudo pericial seria necessário para comprovar quais eram as substâncias armazenadas, o modo de armazenamento, demonstrando, ainda, se houve perigo concreto à vida, à integridade física ou ao patrimônio.

Na espécie, verifica-se inexistir laudo pericial, havendo tão somente o boletim de ocorrência lavrado, constando deste uma foto do suposto material irregular (f. 07/11).

Portanto, não há como imputar ao apelado qualquer prática delitiva, uma vez que inexiste laudo pericial específico atestando a materialidade do delito. Portanto, alternativa não resta senão manter a absolvição pelo crime descrito no art. 56 da Lei 9.605/98.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de se negar provimento ao recurso, mantendo a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FORTUNA GRION e MARIA LUÍZA DE MARILAC.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Pena de multa - Execução - Dívida de valor - Lei nº 9.268/96 - Inexistência de Vara da Fazenda Pública na sede da comarca - Ministério Público - Competência suplementar

Ementa: Conflito de jurisdição. Pena de multa. Execução. Ministério Público. Competência. Inexistência de Vara da Fazenda Pública na sede da comarca.

- Não obstante o dissídio jurisprudencial quanto à legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de execução de pena de multa, a partir do advento da Lei 9.268/96, a equiparar a cominação em referência às dívidas de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, a inexistência de juízo especializado na sede da comarca confere ao *Parquet* competência suplementar para promover a cobrança da verba.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 1.0000.11.022107-4/000 - Comarca de Governador Valadares - Suscitante: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Governador Valadares - Suscitado: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Execuções Penais da Comarca de Governador Valadares - Relator: DES. MATHEUS CHAVES JARDIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2011. - *Matheus Chaves Jardim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM - Trata-se de conflito de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Governadora Valadares, a fim de que seja reconhecida a competência do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da mesma comarca, para executar a pena de multa e as custas processuais relativas ao processo de nº 1010505160702-3.

A teor da tese esposada pelo suscitante, as orientações publicadas pelo CNJ não podem se sobrepor à legislação ordinária, havendo de se aplicar à espécie a disposição contida no art. 51 do CP, com as alterações determinadas pela Lei 9.268/96, a definirem a multa como dívida de valor, sujeitando-se sua cobrança às normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública. Inexistindo juízo especializado para a cobrança de dívida de valor, tal seja Vara da Fazenda Pública, a competência para a execução da verba recai sobre a Vara de Execuções Criminais, sendo compilada extensa floração doutrinária e jurisprudencial a ressaltar a titularidade ministerial para intentar a execução.

É o relatório.

Decido.

Duas questões hão de ser analisadas para efeito de dirimência do presente conflito de jurisdição.

Há de se ressaltar, de início, a inexistência de Vara da Fazenda Pública em Governador Valadares (MG), em cujo âmbito, à ótica ministerial, deveria tramitar a cobrança da multa, ainda que não se desrevista a verba de natureza penal.

Por outro lado, hão de ser sopesados os diversos excertos doutrinários e jurisprudenciais, a enfatizar a competência do MP para promover a execução da multa no âmbito do Juízo da Execução, seguindo-se o rito procedimental da Lei 6.830/80, naquilo que for aplicável. Na dicção de Mirabete:

> A Lei 9.268/96, que alterou a redação do art. 51 do CP, não retirou a competência para a execução da multa, decorrente da transação penal, do juízo das execuções criminais, bem como a legitimidade do Ministério Público de promovê-la (*Código Penal interpretado*. Ed. Atlas, 1999, p. 117).

Outra não é a lição de Luiz Régis Prado e César Roberto Bitencourt:

> A competência para a execução da pena de multa - que não foi alterada pela Lei 9.268/96 - continua sendo do juízo das execuções criminais e a legitimidade para a sua promoção continua sendo do Ministério Público correspondente (*Código Penal anotado*. Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 301).

A matéria fora recentemente submetida à análise por este Sodalício:

> Na conformidade da orientação doutrinária e jurisprudencial dominantes, malgrado o entendimento em contrário, a Lei 9.268/96, que alterou a redação do art. 51 do CP, considerando a pena de multa como dívida de valor, não lhe retirou o caráter de sanção penal nem modificou a competência para a sua execução, tendo o Ministério Público legitimidade para o seu ajuizamento perante o Juízo da Vara das Execuções Penais (Ag. Ex. 1.0000.09.505257-7/001(1), Rel. para o acórdão Des. Antônio Armando dos Anjos, in *Tratado jurisprudencial e doutrinário* elaborado por Guilherme de Souza Nucci, Revista dos Tribunais, 2011, v. 3, p. 1.077).

Ainda sobre o tema:

> Nos termos do art. 129, I, da CF, cabe ao MP, enquanto titular da ação penal, promover a execução da pena de multa perante o juízo das execuções penais. Recurso desprovido (STJ, 5ª T., REsp 699286/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJU* de 05.12.05).

Sem embargo do dissídio que lavra na jurisprudência acerca da legitimidade do MP para promover a execução da pena de multa, a dantes ressaltada inexistência de Vara da Fazenda Pública na Comarca de Governador Valadares confere ao Órgão Ministerial competência suplementar para a cobrança do débito, como se extrai, aliás, do aresto de lavra do STJ transcrito pelo MM. Juiz suscitante à f. 172: "Trata-se, pois, de atribuição da Procuradoria da Fazenda Pública, havendo juízo especializado para a cobrança da dívida, que não o da vara de execuções penais".

Por tais fundamentos, julgo procedente o conflito de jurisdição para declarar competente o Juízo suscitado, tal seja o da Vara de Execuções Penais da Comarca de Governador Valadares.

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - De acordo.

DES. RENATO MARTINS JACOB - Embora por fundamentos diversos, ponho-me de acordo com a conclusão do culto Relator.

A questão *sub examine* é idêntica àquela recentemente debatida por essa colenda Câmara no julgamento do Conflito de Jurisdição nº 1.0000.11.022121-5/000.

E, conforme já me manifestei naquela ocasião, de fato, está sedimentado o entendimento de que a esfera de atuação da Vara de Execução Criminal se encerra com o cumprimento integral da pena privativa de liberdade (ou restritiva de direito) por parte do apenado, autorizando-se a extinção do processo de execução independentemente da quitação da pena de multa, por se tratar de simples dívida de valor.

Esse foi, justamente, o posicionamento adotado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no recente julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 845902/RS:

> Penal e processo penal. Embargos de divergência. Recurso especial. Pena de multa. Pendência de pagamento. Possibilidade de extinção do processo de execução criminal. Divergência caracterizada. Embargos acolhidos. 1. Considerando-se a pena de multa como dívida de valor e, consequentemente, tornando-se legitimada a efetuar sua cobrança a Procuradoria da Fazenda Pública, na Vara Fazendária, perde a razão de ser a manutenção do processo de execução perante a Vara das Execuções Penais, quando pendente, unicamente, o pagamento desta. 2. Embargos de divergência acolhidos, para negar provimento ao recurso especial, mantendo-se, assim, a decisão proferida pelo Juízo *a quo* e o acórdão confirmatório desta (EREsp 845902/RS, Rel.ª Ministra Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 1º.02.2011).

Ainda no mesmo sentido:

> *Habeas corpus*. Execução penal. Art. 51 do Código Penal. Cumprimento integral da pena privativa de liberdade. Sanção pecuniária pendente de pagamento. Dívida de valor. Legitimidade da Fazenda Pública. Arquivamento da execução criminal. Ordem concedida. 1. Embora a multa ainda possua natureza de sanção penal, a nova redação do art. 51 do Código Penal, trazida pela Lei nº 9.268/96, determina que, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a pena pecuniária deve ser considerada dívida de valor, sain-

> do da esfera de atuação do Juízo da Execução Penal e se tornando responsabilidade da Fazenda Pública, que poderá ou não executá-la, de acordo com os patamares que considere relevante. 2. O Juízo da Execução, portanto, após o cumprimento integral da pena privativa de liberdade, ainda que pendente o pagamento da pena de multa, deve extinguir o processo de execução criminal. 3. Ordem concedida para determinar o arquivamento do processo de execução criminal (*HC* 147469/SP, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, *DJe* de 28.02.2011).

Cumpre salientar, todavia, que foi a própria Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça que também firmou o posicionamento de que o Juízo da Execução deverá intimar previamente o apenado para, voluntariamente, quitar a pena de multa, na forma do art. 50 do Código Penal, como se apura do seguinte julgado:

> Recurso especial. Penal. Execução. Pena de multa. Notificação para pagamento. Juízo da Execução Penal. Cobrança. Inadimplemento. Fazenda Pública. Art. 51 do CP, alterado pela Lei nº 9.268/96. 1. A orientação da Terceira Seção desta Egrégia Corte firmou-se no sentido de que compete ao Juízo da Execução Penal determinar a intimação do condenado para realizar o pagamento da pena de multa, a teor do que dispõe o art. 50 do Código Penal; e, acaso ocorra o inadimplemento da referida obrigação, o fato deve ser comunicado à Fazenda Pública a fim de que ajuíze a execução fiscal no foro competente, de acordo com as normas da Lei nº 6.830/80, porquanto, a Lei nº 9.268/96, ao alterar a redação do art. 51 do Código Penal, afastou a titularidade do Ministério Público. 2. Recurso especial conhecido e provido (REsp 459750/SP, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, *DJ* de 15.09.2003, p. 351).

Desse entendimento não destoa a autorizada lição de Alberto Silva Franco e Juliana Belloque:

> Não se pode, de início, fugir à consideração legal de que a multa, transitada em julgado a sentença que a impôs, se torna uma dívida de valor, isto é, uma dívida ativa da Fazenda Pública, que preexiste à inscrição, mas que só com ela torna-se exigível, do ponto de vista da cobrança fiscal. Como dívida de valor, ou melhor, como dívida indexada (com atualização monetária e juros) depois do trânsito em julgado, como estabelece o art. 50 do CP, deve ser paga, integralmente, no prazo de dez dias ou pode ser parcelada, nesse mesmo prazo, em prestações mensais ou descontada no vencimento ou salário do condenado. É evidente, assim, que se mostra imprescindível a realização desse procedimento preliminar, no Juízo da Execução Penal, antes do envio à Fazenda Pública, da certidão da sentença condenatória com o trânsito em julgado (in *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. RT, p. 325).

Disso decorre a conclusão de que, embora seja possível a extinção da execução criminal sem a quitação da pena de multa, deve o Juízo da Vara de Execuções Penais ao menos determinar, previamente, a intimação do apenado para fazê-lo voluntariamente e, somente se ele não o fizer, remeter certidão da dívida à Procuradoria-Geral do Estado, que poderá ou não executá-la, de acordo com os patamares que considere relevantes, perante a Vara de Fazenda Pública ou, se ela não existir na comarca, no juízo cível comum, por se tratar de simples "dívida de valor" (CP, art. 51).

Tal entendimento, por óbvio, não obsta a que o próprio Juízo da Vara onde o processo teve curso, "após o trânsito em julgado", cumpra o referido procedimento, intimando o condenado para que efetue o pagamento integral da dívida, na forma do art. 50 do Código Penal.

Isso, aliás, restou consignado no *Manual prático de rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal*, do Conselho Nacional de Justiça, que, agindo no âmbito de sua competência constitucional de expedir atos regulamentares, dispôs que

> Caberá ao Juízo do processo de conhecimento, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, providenciar a intimação do devedor para o pagamento da multa e, não se verificando a satisfação do débito, expedir a certidão da multa, para posterior remessa à Fazenda Pública (item 2.2.7).

Nitidamente, a previsão está inspirada no princípio constitucional da celeridade (CF, art. 5º, inciso LXXVIII), que não exclui, logicamente, a possibilidade de o juízo da execução assim também proceder, desde que não tenha sido feito pelo Juízo do processo de conhecimento.

Trata-se, a meu ver, de competências concorrentes, porque tanto o Juízo do processo de conhecimento quanto a Vara de Execução Criminal podem determinar a intimação do apenado para pagar voluntariamente a multa, dependendo da fase em que o feito se encontra. Seja como for, nenhum dos referidos juízos será competente para executar forçadamente a pena de multa, até porque a análise de viabilidade e interesse é da Procuradoria Fazendária. A competência se restringe ao atendimento de uma formalidade, ou seja, determinar a expedição da certidão da multa, uma vez certificado o trânsito em julgado da sentença condenatória e o não atendimento da ordem de pagamento por parte do condenado.

Feitas tais considerações, vejo que, *in casu*, seria extremamente contraproducente determinar o retorno dos autos à Vara Criminal de origem anos depois apenas para ser atendida uma formalidade que não foi cumprida oportunamente, sendo que o próprio Juízo da Execução pode cumpri-la, sem maior esforço.

Mercê de tais considerações, julgo procedente o conflito e declaro competente o Juízo suscitado (Vara de Execuções Criminais da Comarca de Governador Valadares).

Custas, *ex lege*.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

...

Habeas corpus - Ato jurisdicional - Ilegalidade - Mandado de segurança - Direito líquido e certo, interesse de agir, legitimidade - Adequação - Citação dos réus - Imprescindibilidade - Formação do litisconsórcio necessário - Súmula 701 do STF - Princípio do devido processo legal - Contraditório e ampla defesa - Violação - Acórdão - Anulação

Ementa: *Habeas corpus*. Mandado de segurança contra ato de juiz do Juizado Criminal Especial. Admissibilidade. Violação a direito líquido e certo. Formação de litisconsórcio. Necessidade. Inteligência da Súmula 701 do STF.

- No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo.

Ordem concedida.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.11.015440-8/000 - Comarca de Poços de Caldas - Pacientes: V.L.I., S.C.C. - Autoridade coatora: 1ª Turma Recursal do Grupo Jurisdicional de Poços de Caldas - Relator: DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Hélcio Valentim, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A ORDEM.

Belo Horizonte, 19 de maio de 2011. - *Marcílio Eustáquio Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo Dr. Francisco Scassioti de Souza e pelo Dr. Alexandre Tadeu Passos, advogados inscritos na OAB/MG, sob os números 125.210 e 106.504, respectivamente, em favor de V.L.I. e S.C.C., processados nos Autos nº 0518.10.011948-7, em trâmite perante a 2ª Vara do Juizado Especial Criminal da Comarca de Poços de Caldas, indicando como autoridade coatora a 1ª Turma Recursal Criminal daquela comarca.

Em apertada síntese, alegam os impetrantes que os pacientes se veem submetidos a constrangimento ilegal por força de decisão proferida pela 1ª Turma Recursal do Juizado Especial daquela comarca, em mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público, contra decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara do Juizado Especial Criminal, que determinou o arquivamento provisório do processo, para que se aguardasse a manifestação da vítima, retificando ou ratificando a representação oferecida à autoridade policial.

Sustentam, ainda, a ilegalidade da impetração de mandado de segurança contra decisão interlocutória proferida em procedimento especial sumaríssimo; a inobservância do disposto na Súmula 701 do STF; a ilegalidade da utilização do mandado de segurança como sucedâneo de recurso próprio; a inexistência de direito líquido e certo a ser suprido pela via da segurança.

Ao final, pediram a concessão liminar da ordem, para suspender a ação penal, até o julgamento da impetração. Em caráter definitivo, pleiteou a decretação de nulidade ou cassação da decisão proferida pela 1ª Turma Recursal Criminal.

A liminar foi indeferida pelo eminente Desembargador Agostinho Gomes de Azevedo (f. 273/274), oportunidade em que foram requisitadas as informações de praxe, prontamente prestadas pela douta autoridade apontada como coatora (f. 314/315), juntando os documentos de f. 316/390.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo ilustre Procurador de Justiça Dr. Natan Antônio Brandão (f. 308/312), opina pela denegação da ordem.

Às f. 361/390, fez-se juntar cópia de petição de recurso extraordinário, interposto pelo Juiz de Direito Paulo Rubens Salomão Caputo, Titular da 2ª Vara do Juizado Especial da Comarca de Poços de Caldas, junto ao Supremo Tribunal Federal, contra o acórdão que, concedendo a segurança ao Ministério Público, cassou a decisão por ele proferida, com objetivo de restabelecer a decisão de 1º grau na sua integralidade, determinando o prosseguimento do processo.

É o relatório.

Mesmo diante do recurso extraordinário interposto pela douta autoridade apontada coatora, conheço do pedido de *habeas corpus*, por não haver conexão entre ambos, mesmo porque trata o primeiro, de recurso; e o segundo, de ação.

Alegam os impetrantes, na inicial do presente *habeas corpus,* ser ilegal a impetração de mandado de segurança contra decisão interlocutória proferida em procedimento especial sumaríssimo; a inobservância do disposto na Súmula 701 do STF; a ilegalidade da utilização do mandado de segurança como sucedâneo de recurso próprio; a inexistência de direito líquido e certo a ser suprimido pela via de segurança.

Examinando detidamente os autos, tenho que razão, em parte, assiste aos impetrantes.

Conforme se vê dos autos, o Ministério Público impetrou mandado de segurança perante a 1ª Turma Recursal Criminal, objetivando a sustação dos efeitos da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara do

Juizado Especial Criminal da Comarca de Poços de Caldas, que determinou o arquivamento dos Autos nº 0518.10.011948-7, temporariamente, enquanto aguardava a representação ou ratificação da representação do ofendido, no prazo do art. 38 do Código de Processo Penal, por ter sido a representação oferecida perante a autoridade policial.

A Turma Recursal concedeu a segurança para determinar o prosseguimento do Processo nº 0518.10.-011948-7, da 2ª Vara do Juizado Especial de Poços de Caldas, ao fundamento de que já existia representação válida da vítima, sendo ilegal a exigência de ratificação em juízo ou mesmo a representação de nova representação.

Na verdade, para ser juridicamente possível o mandado de segurança, é necessário que haja um ato jurisdicional eivado de ilegalidade, que tenha a possibilidade real, efetiva ou iminente de ferir um direito líquido e certo. Assim, o ato tem que ser ilegal, contrário à lei ou praticado com abuso de poder.

Segundo Hely Lopes Meirelles,

> direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 34-35).

No mesmo sentido, preleciona Carlos Mário da Silva Velloso:

> O conceito, portanto, de direito líquido e certo, ensina Celso Barbi, lição que é, também, de Lopes da Costa e Sálvio de Figueiredo Teixeira, é processual. Quando acontecer um fato que der origem a um direito subjetivo, esse direito, apesar de realmente existente, só será líquido e certo se o fato for indiscutível, isto é, provado documentalmente e de forma satisfatória. Se a demonstração da existência do fato depender de outros meios de prova, o direito subjetivo surgido dele existirá, mas não será líquido e certo, para efeito de mandado de segurança. Nesse caso, sua proteção só poderá ser obtida por outra via processual (VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988*, *apud* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandados de segurança e injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 81).

A segunda condição da ação é o interesse de agir, onde há de se observar o trinômio: "necessidade, adequação e utilidade". O mandado de segurança tem que ser um remédio adequado para combater um ato ilegal ou praticado com abuso de poder e tem que ser necessário e útil para evitar um dano irreparável. Portanto, o interesse de agir está na probabilidade de um dano irreparável, porque não garantido por outro remédio, não garantido pelo *habeas corpus*, pelo *habeas data,* ou mesmo por recurso com efeito suspensivo.

Por fim, como última condição da ação, tem-se a legitimidade das partes. Parte, no mandado de segurança, no polo ativo, é qualquer pessoa física ou jurídica que se sinta ameaçada, ou violada em seu direito, e que possa comprovar, de plano, essa violação, ou essa ameaça. Sujeito passivo, como entende modernamente a doutrina, é o Estado (não exatamente a autoridade coatora).

No caso em exame, entendo ser o mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público juridicamente possível e adequado ao caso concreto, diante do ato juridicamente ilegal praticado pelo MM. Juiz de Direito, da 2ª Vara do Juizado Criminal da Comarca de Poços de Caldas, na medida em que determinou o arquivamento do processo, temporariamente, até que a vítima ratificasse ou realizasse nova representação em juízo, sem que, contudo, houvesse o requerimento do *Parquet*, *dominus* da ação penal, ferindo, assim, direito liquido e certo.

Outrossim, preencheu o Órgão Ministerial a segunda condição da ação, que é o interesse de agir, já que teve seu direito violado. Nesse sentido, lembramos do trinômio: "necessidade, adequação e utilidade".

Dessa forma, correta a impetração do mandado de segurança, por ser o remédio adequado e necessário para combater um ato ilegal praticado pela douta autoridade tida como coatora, para evitar um dano irreparável ao titular da ação penal.

Todavia, tendo o Ministério Público impetrado mandado de segurança, é evidente que, no caso em exame, se fazia imprescindível a citação dos réus como litisconsórcio, consoante preceitua a Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo.

A Súmula nº 701 do Supremo Tribunal Federal traz em si uma nova hipótese de litisconsórcio necessário passivo, não elencado no Código de Processo Civil, art. 47, quando o acusado no processo penal puder ser atingido pela decisão que julgar a segurança, como no caso em exame, em que os réus estão sendo processados pelo crime de ameaça.

Importante observar que a citada súmula dispõe, essencialmente, sobre a formação de litisconsórcio passivo necessário, em face da sua importância, tanto que o Supremo Tribunal Federal entendeu por sumular tal matéria, que, prevalentemente, é regulada por legislação infraconstitucional, ou seja, pelo Código de Processo Civil.

E isso ocorreu diante da importância que se dá ao princípio do devido processo legal, englobando-se aqui o contraditório e a ampla defesa, haja vista que está em jogo a liberdade do réu, o que é mais importante que eventuais questões envolvendo, por exemplo, direitos patrimoniais disponíveis.

As decisões proferidas no processo penal são capazes de trazer graves restrições ao réu, daí a necessidade de sempre oportunizar-se a ele reais possibilidades de participar, em todo o curso do processo, dos atos que lhe poderão ser desfavoráveis.

Assim, considerando que a citada súmula regula matéria cujas consequências estão intimamente ligadas ao contraditório e à ampla defesa, portanto valores constitucionais, há de observá-la, sob pena de infringir a Lei Maior.

Dessa forma, a justificativa para a formação do litisconsórcio necessário, no caso da referida súmula, tem abrigo não apenas na legislação processual infraconstitucional, como já dito, mas também nas garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Assim sendo, não tendo sido formado o litisconsórcio necessário, há de se anular o acórdão de f. 175/177, que determinou o prosseguimento do Processo nº 0518.10.011948-7, da 2ª Vara do Juizado Especial da Comarca de Poços de Caldas, por violação à Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal, bem como os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Isso posto, e por tudo mais que dos autos consta, voto no sentido de conceder a ordem para anular o acórdão de f. 175/177, que determinou o prosseguimento do Processo nº 0518.10.011948-7, da 2ª Vara do Juizado Especial de Poços de Caldas, determinando-se que, para o regular trâmite e julgamento do feito, seja cumprido o teor da Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal.

Sem custas.

É como voto.

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Peço vista.

Súmula - PEDIU VISTA O 1º VOGAL, APÓS O RELATOR CONCEDER A ORDEM.

Notas taquigráficas

DES. HÉLCIO VALENTIM (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 12.05.2011, a pedido do Desembargador 1º Vogal, após o Desembargador Relator conceder a ordem.

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Após detido exame dos autos, constatei, assim como o eminente Desembargador Relator, a necessidade da concessão da ordem, anulando o acórdão proferido no mandado de segurança impetrado pelo MP, perante a 1ª Turma Recursal do Grupo de Poços de Caldas, determinando o regular processamento do *mandamus*, nos termos da Súmula 701 do STF.

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Também acompanho o eminente Desembargador Relator no seu judicioso voto, cuja publicação, inclusive, peço vênia para recomendar, diante da sua importância pedagógica, principalmente para os Juizados Especiais Criminais.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM.

...

Violência doméstica - Lesão corporal - Ameaça - Autoria e materialidade - Indícios - Garantia da ordem pública - Preservação da integridade física e psicológica da vítima - Prisão preventiva - Necessidade - Decisão fundamentada - Liberdade provisória - Impossibilidade

Ementa: *Habeas corpus*. Lesão corporal. Ameaça. Violência doméstica. Liberdade provisória indeferida. Decisão devidamente fundamentada. Viabilidade da manutenção da prisão. Ordem denegada.

- A decretação da prisão preventiva se sustenta diante dos indícios da materialidade e da autoria do crime, que, associados ao motivo legal da garantia da ordem pública, fundamentam a necessidade do encarceramento.

- Em crimes praticados com violência doméstica, a garantia da ordem pública consubstancia-se na necessidade de preservação da integridade física e psicológica da vítima, diante da possibilidade de reiteração de atos violentos com consequências por vezes irreparáveis.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.11.016328-4/000 - Comarca de Alfenas - Paciente: N.F.R. - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Atos Infracionais da Infância e da Juventude e Cartas Precatórias da Comarca de Alfenas - Relatora: DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, na conformidade da ata dos julgamen-

tos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR O *HABEAS CORPUS*.

Belo Horizonte, 10 de maio de 2011. - Maria Luíza de Marilac - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de N.F.R., no qual se insurge contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Criminal, de Atos Infracionais da Infância e Juventude e de Cartas Precatórias Criminais da Comarca de Alfenas, que indeferiu pedido de liberdade provisória formulado pelo paciente, preso em flagrante delito no dia 24 de fevereiro de 2011, pela suposta prática do delito previsto no art. 129, § 9º, c/c art. 147, ambos do Código Penal.

Segundo o impetrante, a decisão que decreta ou mantém a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública deve, necessariamente, estar escorada em elementos concretos, sendo imprescindível a efetiva demonstração de que, uma vez solto, o paciente voltará a delinquir ou colocará em perigo a paz e o sossego da comunidade.

Sustenta que a custódia cautelar não se justifica, uma vez que, se vier a ser eventualmente condenado, o será a uma pena de três meses a três anos de detenção, sendo cabível, portanto, a substituição.

Assevera ainda que a análise da certidão de antecedentes criminais, bem como a suposta personalidade voltada para a prática de crimes, por si sós, não justificam a prisão, sob pena de se ferir de morte o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por fim, considerando ausentes os pressupostos e requisitos autorizadores da manutenção da custódia preventiva, pugna para que seja restabelecido o direito fundamental do paciente de ir e vir.

Instrui o seu pedido com cópia da decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória.

O pedido de liminar foi denegado pelo ilustre Desembargador Fortuna Grion, uma vez que ausentes os requisitos genéricos autorizadores da concessão da medida pleiteada, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (f. 20/21).

Informações prestadas pela autoridade coatora às f. 52/60.

Informações complementares às f. 66/77.

A douta Procuradoria de Justiça manifesta-se no sentido da denegação da ordem (f. 46/50).

É o relatório.

Presentes os requisitos legais, conheço da presente ação autônoma de impugnação.

Li atentamente as razões da impetração, as informações prestadas, a documentação acostada, o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça e entendo que a ordem deve ser negada, pelos motivos que passo a expor.

De início, cumpre registrar que não é possível vislumbrar qualquer vício ou irregularidade na prisão do acusado, tampouco na decisão que indeferiu o seu pedido de liberdade provisória, uma vez que foi devidamente fundamentada, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal, sendo possível identificar os motivos de fato e de direito ensejadores da manutenção da prisão cautelar, conforme trecho que por ora destaco:

> Analisando os APFD em apenso (proc. 0030513-80.2011), verifico a presença de indícios de autoria e materialidade. Consoante se vê na CAC acostada às f. 22/24 do inquérito policial, verifica-se que o réu tem personalidade voltada à prática de crimes e sua genitora é sua vítima habitual, conforme se nota nas suas declarações à f. 11. Por outro lado, para a análise da concessão da liberdade provisória, mister se faz a análise do cabimento, ou não, da prisão preventiva. No presente caso, apesar do delito cometido pelo réu, em tese, ser apenado com detenção, é possível a decretação da custódia cautelar prevista no art. 311 do Código de Processo Penal. Ante o exposto, considerando que o acusado possui conduta voltada à prática delituosa, se novamente solto, possivelmente voltará a cometer crimes, a manutenção da prisão em flagrante se faz necessária para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal (f. 19/20).

Pelo colacionado, constato que a decisão ora impugnada, embora sucinta, funda-se em elementos concretos, suficientes a legitimar a denegação do estado de liberdade.

No processo penal brasileiro a prisão cautelar, antes do trânsito em julgado, deve ser entendida como medida excepcional, sendo cabível exclusivamente quando comprovada a sua real necessidade, pautando-se em fatos e circunstâncias do processo, que preencham os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Conforme disposto no citado artigo,

> a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Assim, havendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, a garantia da ordem pública, consistente no risco de reiteração delitiva, constitui fundamento válido para a manutenção do cárcere cautelar, pois expressamente prevista como hipótese ensejadora da prisão preventiva.

No caso sob exame, a prova da existência dos fatos imputados ao paciente e indícios de sua autoria podem ser extraídos das declarações da vítima, Sr.ª O.F.R., vazada nos seguintes termos:

> Que seu filho usa drogas há quatro anos, mas desde o ano passado o filho mudou totalmente a atitude, sempre

> ameaçando e chegando a agredir a declarante; que o mesmo já furtou vários bens de dentro da casa; que nesta data, o filho, provavelmente depois de se drogar, chegou em casa, e tentando levar alguns utensílios, quando a mesma interveio e foi empurrada [...] que N. ameaçou a declarante dizendo que a mataria se não levasse os utensílios; que já tentou colocar o filho em duas clínicas particulares, sem sucesso, pois o mesmo sempre foge; que deseja representar criminalmente contra o filho N.F.R. na forma da lei [...].

Por outro lado, verifico, através da CAC de f. 54/56, que o acusado fora, por duas vezes, beneficiado com a liberdade provisória, recebendo um voto de confiança do Estado, que acabou por ser quebrado, já que, logo após a sua soltura, voltou a delinquir. Tal fato evidencia a dificuldade do mesmo em se manter dentro dos limites impostos pelo Estado.

Dessa forma, em que pese serem apenados com detenção, os delitos de ameaça e de lesão corporal praticados no âmbito doméstico, induvidosamente, exigem maior precaução do Estado, uma vez que abalam e perturbam não somente a ordem social, mas também os laços familiares e recomendam a adoção de uma postura mais rígida por parte do Poder Judiciário no que diz respeito à liberdade do acusado. O inciso IV do art. 313 do Código de Processo Penal dá supedâneo a tal intervenção.

Assim, a garantia da ordem pública, nos presentes autos, consubstancia-se na necessidade de preservação da integridade física e psicológica da vítima, diante da possibilidade de reiteração de atos violentos com consequências por vezes irreparáveis, impondo-se, por esse motivo, o encarceramento cautelar.

No mesmo sentido, manifesta-se esta Câmara:

> *Habeas corpus*. Violência doméstica contra a mulher. Crime apenado com detenção. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Fundamentação idônea. Acautelamento da integridade da vítima - Constrangimento ilegal inexistente. - Ainda que os crimes pelos quais responde o paciente sejam punidos com detenção, o próprio ordenamento jurídico, art. 313, inciso IV, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.340/2006, prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva, daquele que, cientificado das medidas protetivas de urgência impostas, ainda assim voltou a ameaçar a vítima, o que demonstra a imprescindibilidade da custódia cautelar, como forma de se garantir a ordem pública, dada a necessidade de resguardar-se a integridade física e psíquica da ofendida, fazendo cessar a reiteração delitiva, que no caso não é mera presunção, mas risco concreto, e também para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência deferidas. Ordem denegada (TJMG, 3ª Câmara Criminal, *HC* 1.0000.10.056837/000, Relator Desembargador Antônio Armando dos Anjos, *DJe* de 10.12.2010).

Pelo exposto, inexistindo o constrangimento ilegal, denego a ordem.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - HABEAS CORPUS DENEGADO.

...

Crime contra a propriedade imaterial - Artigo 184, § 2º, do Código Penal - Falsificação de videofonograma - Tipicidade - Princípio da adequação social - Erro de proibição - Inadmissibilidade - Condenação

Ementa: Apelação criminal. Crime contra a propriedade imaterial. Art. 184, § 2º, do CP. Videofonograma. Expressão não contida no tipo penal. Atipicidade do fato. Tese afastada. Espécie de obra intelectual. Absolvição. Impossibilidade. Princípio da adequação social. Erro de proibição. Inadmissibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. Recurso não provido.

- A disposição do art. 184, § 2º, do Código Penal foi criada para proteger o direito daqueles que sobrevivem de sua produção artística e intelectual tutelado constitucionalmente pelo art. 5º, XXVII, da CR/88.

- Embora no tipo penal conste apenas a expressão fonograma (CD), a falsificação de videofonograma (DVD) também se enquadra na previsão do § 2º do art. 184, pois se trata de obra intelectual, termo que é elementar do tipo e está expresso no parágrafo 2º.

- O princípio da adequação social não pode ser utilizado para afastar a norma penal, principalmente quando a conduta combatida atinge, além dos sujeitos passivos, o Estado e a sociedade.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0142.08.024004-7/001 - Comarca de Carmo do Cajuru - Apelante: R.M.S.R. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FLÁVIO LEITE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Judimar Biber, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de maio de 2011. - *Flávio Leite* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FLÁVIO LEITE - Trata-se de apelação interposta por R.M.S.R. contra a decisão (f. 101/107), que a condenou às penas de dois anos de reclusão em regime inicial aberto, substituída por prestação pecuniária de dois salários mínimos, e dez dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática da conduta tipificada no art. 184 (violação de direito autoral), § 2º, do Código Penal.

Em suas razões de apelação, afirma a defesa que a denúncia deve ser rejeitada, pois a apelante possui uma locadora que alugava apenas mídias originais. Alega que, mesmo que a ré tenha hipoteticamente praticado o crime, ainda assim não seria possível sua condenação, tendo em vista que a aceitação social da conduta a tornou materialmente atípica seja pelo princípio da adequação social, seja pela ausência de lesão ao bem jurídico tutelado ou, ainda, pela teoria da tipicidade conglobante. Aduz que a conduta da apelante não se enquadra na qualificadora do art. 184, § 2º, do Código Penal, sendo necessária sua desclassificação para o *caput* do mesmo artigo (f.112/120).

Em contrarrazões, sustenta o Ministério Público que a ação delituosa praticada pela ré foi inicialmente noticiada pela Associação Antipirataria Cinema e Música (APCM) e, posteriormente, confirmada pelas investigações, sendo válidos os depoimentos dos policiais que participaram das diligências para lastrear a condenação da apelante. Afirma que o princípio da adequação social não se presta para afastar a incidência de tipos penais vigentes, devendo prevalecer a criminalização da conduta, uma vez que fomenta a indústria da falsificação, viola o ordenamento jurídico vigente e acarreta prejuízos à longa carreira produtiva da criação intelectual, lesando várias vítimas. Requer a manutenção da sentença (f. 137/140).

Nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (f. 138/141).

É, em resumo, o relatório.

Passo ao voto.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Consta nos autos que a Associação Antipirataria Cinema e Música (APCM) noticiou ao Ministério Público a possível prática do crime de violação de direitos autorais no estabelecimento denominado "C.V.L.", relatando a ocorrência, em tese, da fabricação e/ou comercialização de CDs e DVDs falsos (f. 15/22). Realizadas investigações, houve a comprovação dos fatos noticiados pela APCM e, por consequência, a instauração da presente ação penal.

Narra a peça acusatória que, em 30 de outubro de 2008, na Rua [...], R.M.S.R. mantinha em depósito e expunha à venda com intuito de lucro, em sua locadora, 461 (quatrocentos e sessenta e uma) cópias de obras intelectuais, em formato DVD, cuja reprodução se deu com violação ao direito autoral (f. 02/03).

A materialidade está suficientemente comprovada pelo auto de prisão em flagrante (f. 02/04), boletim de ocorrência (f. 05/07), auto de apreensão (f. 28) e pelo laudo pericial (f. 25/27).

A autoria é inconteste.

A apelante confirmou que "os policiais realmente fizeram a apreensão de vários DVDs em seu estabelecimento" (f. 83), mídias que, tendo em vista a quantidade de material ilícito, foram submetidas por amostragem a exame pericial e apontadas como falsas porque as "inscrições/numerações constantes nas peças-motivo não apresentam concordância com as características da peça-padrão (desenho) do encarte" (f. 23/24).

Na fase inquisitorial, a ré afirmou que havia comprado cerca de 300 DVDs variados e lacrados de um suposto "representante" oriundo de Belo Horizonte, que não lhe forneceu nota fiscal da mercadoria, não possuindo qualquer documentação que comprove a origem do material apreendido (f. 07).

Juntou-se aos autos um bilhete escrito por R., funcionária da locadora e identificada pela ré na fase inquisitorial, no qual noticia que "o moço que vende CD" solicitou à apelante a regravação das mídias (f.11).

Ouvidos em juízo, os policiais militares que realizaram a apreensão das mídias relataram:

> confirma o histórico do BO de f. 08/10, afirmando que fez a apreensão dos DVDs relacionados, em virtude de requisição do Ministério Público Estadual; a proprietária do estabelecimento confessou que os DVDs apreendidos eram 'copiados', porque se fosse comprar os originais não teria 'tanto lucro' (C.R.J. - f. 79).

> confirma o histórico do BO de f. 08/10, afirmando que fez a apreensão dos DVDs relacionados, em virtude de requisição do Ministério Público Estadual; a proprietária do estabelecimento confessou que alguns dos DVDs apreendidos eram 'copiados' (R.A.S. - f. 80).

No que diz da validade dos depoimentos de policiais militares, a condição de agentes da segurança pública não retira a confiabilidade de seus depoimentos como testemunhas. Veja-se que seria contraditório atribuir-lhes tal função, para a qual demonstram capacidade de exercício, e, no momento em que relatam os fatos ocorridos, negar-lhes veracidade sem o mínimo fundamento, tornando imprestáveis seus depoimentos.

É o entendimento doutrinário:

> [...] não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos dos policiais, pois o exercício da função não

> desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha [...] (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 332).

Desse modo, as informações do caderno processual são suficientes para a comprovação do delito do art. 184, § 2º, do Código Penal:

> Violação de direito autoral
> Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:
> Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.
> § 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.
> § 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.
> [...]

Não merece acolhimento o pedido de desclassificação do crime para o *caput* do art. 184 do Código Penal, pois a conduta da ré é tipificada na figura qualificada do parágrafo segundo do mencionado artigo que acrescenta circunstâncias especiais de transgressão ao direito autoral como a manutenção em depósito, com intuito de lucro direto ou indireto, de material reproduzido sem expressa autorização dos titulares dos direitos (autores, artistas, intérpretes, executantes, etc.) ou de quem os represente.

Por motivos de política criminal, o legislador valorou com mais rigor a conduta tipificada no § 2º do art. 184 do Código Penal, determinando o aumento da pena mínima previamente cominada, não cabendo ao julgador negar vigência a tal disposição.

Ressalte-se que o aumento de tais penas não foi feito em uso atípico do Direito Penal, mas sim como forma de dar um maior desvalor à referida conduta, como forma de a prevenir e reprimir.

A título de ilustração, veja-se trecho da exposição de motivos de tal lei, confeccionada pelos então Ministros de Estado da Justiça e da Cultura, Nélson Jobim e Francisco Weffort, respectivamente:

> [...]
> É importante consignar que a chamada pirataria de bens intelectuais está disseminada no País, de forma assustadora. Somente em seis meses deste ano, autoridades policiais apreenderam 555.921 cassetes, contendo gravações sonoras reproduzidas sem autorização dos titulares. [...] (*Diário da Câmara dos Deputados*, p. 37124/37125, de 26 de agosto de 1999, acessado pela internet, em 11.07.2006, através do sítio http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/sileg/PropDetalhe.asp?id=18480).

Não se trata de fato atípico, como insiste a defesa, pois a exposição à venda de DVDs falsificados é conduta que se subsume ao tipo penal do art. 184, § 2º, do CP. Embora a insurgência da defesa, argumentando que DVD é videofonograma e o tipo penal menciona apenas fonograma - que são os CDs -, Guilherme de Souza Nucci explica que os DVDs são, na verdade, espécie de obra intelectual, que é elementar que está prevista no tipo penal, por isso não merece acolhimento a tese de atipicidade do fato (*Código Penal comentado*, 2005, p. 742/743), e ainda registra que

> a omissão ao termo videofonograma não encontra justificativa, até porque a Exposição de Motivos 596, que encaminhou o Projeto da atual Lei 10.695/2003, fez sempre menção a esse tipo de obra e não somente ao fonograma.

A conduta trazida para discussão ofende não apenas os sujeitos passivos determinados pelo texto legal, mas também o Estado, que deixa de arrecadar os tributos pertinentes à referida atividade comercial; a sociedade, diante da oferta de produtos de má qualidade e a diminuição de verbas estatais que poderiam ser revertidas a seu favor; e a própria credibilidade da Justiça, por estar sendo omissa frente a tal prática delituosa.

Não há como acatar a tese da adequação social. É certo que os preços elevados praticados pelas grandes distribuidoras estimulam a prática, mas é exagero considerar que a pirataria é socialmente aceita ou tolerada. O mero fato de uma conduta ser frequente ou mesmo corriqueira não significa que há tolerância por parte da sociedade. Tal argumento levaria à abolição não só da pirataria, mas de grande parte do Código Penal. A existência de entidades do terceiro setor que defendem o direito autoral, como a Associação de Defesa da Propriedade Intelectual (Adepi), Associação Protetora dos Direitos Intelectuais Fonográficos (Apdif) e a Associação Antipirataria Cinema e Música (APCM), demonstra a revolta da comunidade e a ilicitude do lucro à custa do trabalho artístico de outrem.

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *Habeas corpus*. Paciente condenado a 2 anos de reclusão, em regime semi-aberto, e multa, pela prática do delito de violação de direito autoral (art. 184, § 2º, do CPB). Posse, para posterior venda, de 180 CDs piratas. Inadmissibilidade da tese de atipicidade da conduta, por força do princípio da adequação social. Incidência da norma penal incriminadora. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.
> [...]
> 2.Mostra-se inadmissível a tese de que a conduta do paciente é socialmente adequada, pois o fato de que parte

da população adquire tais produtos não tem o condão de impedir a incidência, diante da conduta praticada, o tipo previsto no art. 184, § 2º, do CPB.
[...] (*HC* 113.938/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 03.02.2009, *DJe* de 09.03.2009).

Igualmente incabível a utilização da teoria da tipicidade conglobante, pois, avaliada a conduta do apelado no conjunto da ordem normativa, verifica-se, como demonstra a análise acima, a ofensa a bens juridicamente tutelados.

Não foi outro o posicionamento desta Câmara:

Violação de direito autoral - Absolvição - Princípio da intervenção mínima e da adequação social - Deformação do sistema jurídico vigente - Art. 5º, XVII da CF e art. 184, § 2º, do CP - Reforma. - A só existência de razões sociológicas, axiológicas, ou doutrinárias não justifica o afastamento do tipo penal legislado, o que representaria grave lesão ao princípio da separação de poderes, por intervenção à formação da política acometida ao Poder Legislativo, mesmo porque ao juiz, ainda que não concorde com o conteúdo normativo latente na norma de proibição e com ele não se alinhe intimamente, não se confere o poder de subtrair-se do ordenamento jurídico, senão nas hipóteses discricionárias ou de colisão da norma com o modelo constitucional vigente, e o fato é que a violação do direito autoral, consistente na venda de DVDs e CDs falsificados, por tutelar bem jurídico assegurado no art. 5º, XXVII, da Constituição Federal e resguardado pela tutela do art. 184, § 2º, do Código Penal, não admite a elástica absolvição por argumentos metajurídicos apartados da estrita legalidade penal, sob pena de grave deformação no sistema jurídico existente. Recurso a que se dá provimento (Apelação Criminal 1.0024.05.656543-5/001, Rel. Des. Judimar Biber, 1ª Câmara Criminal, julgado em 11.11.2008, *DJ* de 25.11.2008).

A necessidade de "sobrevivência" não torna o fato atípico. Reconheço as dificuldades daqueles que lutam contra as desigualdades sociais, a escassez das ofertas de trabalho e o descaso dos administradores públicos. No entanto, o cidadão não pode buscar na prática do ilícito a solução para os problemas enfrentados, nem cabe ao Judiciário avalizar condutas repudiadas pelos legisladores constitucional (art. 5º, XXVII, da CR/88) e infraconstitucional.

Nesse sentido:

[...] Deve-se ter presente que a seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem função do Poder Legislativo, sendo vedada aos intérpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele Poder Institucional [...] (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 21).

Ademais, a Corte Superior do TJMG concluiu que a disposição do art. 184, § 2º, do Código Penal é regra que atende aos anseios populares. Criou-se norma penal repressora às violações ao direito autoral justamente porque se entendeu necessária a proteção do Direito Penal em razão do vertiginoso desrespeito que tem havido por aqueles que burlam os direitos de quem sobrevive de sua produção artística e intelectual (Incidente de Inconstitucionalidade 1.0024.03.146587-5/002 - Rel. Des. Sérgio Resende - *DJ* de 30.04.2009).

Desse modo, em que pesem os argumentos lançados pela defesa, tenho que, a vingar-lhe as teses absolutórias, a decisão incutiria verdadeiro sentimento de impunidade, incentivando a prática delitiva, o que traz insegurança quanto à efetividade da lei penal.

Impositiva a condenação, como posta.

A pena foi bem dosada. Fixada a pena-base no mínimo legal, 02 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e dez dias-multa, diante das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, analisadas como favoráveis na sentença, fixada nesse patamar pela ausência de causas modificadoras.

Apesar de a condenação lançada ser superior a um ano, a pena privativa de liberdade foi substituída apenas por uma prestação pecuniária de dois salários mínimos em favor do Projeto Novo Amanhecer, embora o art. 44, § 2º, do CP faculte a substituição por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. Tendo em vista a existência apenas de recurso da defesa, sendo a retificação prejudicial à ré, nada a modificar.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

A sentença primeva concedeu à apelante os benefícios da assistência judiciária gratuita. Conforme entendimento pacífico nesta Câmara, ainda que sob o pálio da assistência judiciária, a condenação em custas ao vencido é medida impositiva, nos termos do art. 804 do CPP, restando a possibilidade de suspensão da exigência delas pelo Juízo da Execução, nos termos da Lei da Assistência Judiciária (Lei 1.060/1950).

Diante disso, custas, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDIWAL JOSÉ DE MORAIS e JUDIMAR BIBER.

Súmula - NÃO PROVIDO O RECURSO.

...

Furto qualificado - Habitualidade criminosa - Crime continuado - Reconhecimento - Impossibilidade - Art. 71 do Código Penal - Requisitos - Ausência - Fixação da pena - Reincidência - Confissão espontânea - Compensação

Ementa: Apelação criminal. Furtos qualificados. Reconhecimento do crime continuado. Impossibilidade.

Requisitos do art. 71 do CP não preenchidos. Delinquente habitual. Penas-base. Observância às disposições dos arts. 59 e 68 do Código Penal. Manutenção. Compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Ambas preponderantes. Mesma valoração. Penas alteradas. Recurso provido em parte.

- Para o reconhecimento e consequente aplicação da ficção jurídica, que é o instituto da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento dos requisitos elencados no art. 71 do CP.

- Ao delinquente habitual, que faz da prática do crime sua profissão, não deve ser reconhecida a continuidade delitiva e seus benefícios.

- Examinados com acuidade os elementos circunstanciais dos delitos e as condições pessoais do agente, obedecidas as disposições dos arts. 59 e 68 do CP, não há que se falar em redução das penas-base aplicadas.

- Em conformidade com o disposto no art. 67 do CP, devem a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea se compensar, pois circunstâncias preponderantes, ambas de caráter subjetivo, merecendo, assim, a mesma valoração (uma favorável e outra contrária ao apelado) quando da fixação das penas.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0687.06.041057-2/001 - Comarca de Timóteo - Apelante: D.J.G.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: EXMO. SR. DES. ALBERTO DEODATO NETO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Judimar Biber, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER EM PARTE O RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2011. - *Alberto Deodato Neto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Trata-se de recurso de apelação interposto por D.J.G.S. contra a sentença de f. 236/240, que o condenou como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, III, por duas vezes, na forma do art. 69, ambos do CP, às penas de 11 (onze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 120 (cento e vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo, concedido o apelo em liberdade.

Narra a denúncia que, na data de 25.01.2004, em horário não precisado, na Rua Um, Bairro Alto Timirim, na Comarca de Timóteo/MG, o apelante, de forma livre e consciente, subtraiu para si a motocicleta da marca Honda, modelo CG Titan, de cor verde e placa GSN-0110, pertencente à vítima M.C.J.S.

Consta, também, que, no dia 07.11.2004, em horário não especificado, na Alameda 31 de Outubro, no Centro Norte da Comarca de Timóteo/MG, o recorrente subtraiu para si a motocicleta da marca Honda, modelo CG Titan, de cor verde e placa GWN-1043, pertencente à vítima F.C.R.C.

Restou apurado, ainda, que o increpado, na data de 08.05.2005, em horário incerto, na Alameda 31 de Outubro, no Centro Norte da Comarca de Timóteo/MG, subtraiu para si o veículo Fiat Prêmio, de cor preta e placa GQH-2617, pertencente à vítima L.F.L.

Por fim, constatou-se que todos os delitos foram praticados mediante o uso de chave falsa, conforme as próprias declarações do autor.

Intimações regulares f. 241, 256 e 279.

Pleiteia o apelante, razões de f. 260/263, o reconhecimento da continuidade delitiva, com a aplicação das penas no patamar mínimo legal cominado ao delito de furto qualificado; o abrandamento do regime carcerário para a modalidade aberta; e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Contrarrazões às f. 265/269, em que o *Parquet* pugna pela manutenção da sentença recorrida, ao que aquiesce a d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 285/291.

É o relatório.

Conheço o recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ausentes preliminares, arguidas ou apreciáveis de ofício, passo à análise do mérito.

Autoria e materialidade incontestes.

Centra-se o apelo, inicialmente, em postular o reconhecimento do crime continuado.

Todavia, sem razão.

Compulsando os autos, verifico que o recorrente, além dos dois furtos pelos quais restou condenado neste feito, possui outras três condenações em definitivo pela prática de crimes contra o patrimônio, consoante a CAC de f. 214/215, fato que indica se tratar de um criminoso contumaz, que fez da prática de delitos sua profissão, não sendo possível, assim, reconhecer-lhe o benefício da continuidade delitiva.

Nesse sentido:

> Quem faz do crime a sua atividade comercial, como se fosse uma profissão, incide na hipótese de habitualidade, ou de reiteração delitiva, que não se confundem com a da continuidade delitiva (STF, *HC* 71.940-SP, 2ª T, Rel. Maurício Corrêa, *RTJ* 160/583).
>
> Agravo em execução. Agente contumaz na prática de delitos contra o patrimônio. Delinquente habitual. Reconhecimento da continuidade delitiva entre crimes de furto. Inviabilidade.

> Falta grave. Regressão de regime prisional. Declaração da perda dos dias remidos pelo trabalho externo. Possibilidade. - Tratando-se de agente contumaz na prática de delitos contra o patrimônio, demonstrando fazer do crime um meio de vida, impossível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos praticados. Correta está a decisão que decretou a perda dos dias remidos pelo trabalho externo, nos termos do art. 127 da Lei de Execuções Penais, em razão da ocorrência da regressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, por cometimento de novo fato definido como crime. Desprovimento ao recurso que se impõe (TJMG - Agravo em execução - nº 1.0000.-09.508795-3/001(1), 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, data de julgamento: 02.03.2010).

> Agravo em execução. Delitos de furto. Criminoso habitual. Continuidade delitiva afastada. Agravo improvido. - O criminoso habitual não faz jus aos benefícios inerentes ao reconhecimento da continuidade delitiva, pois faz da prática delitiva a sua profissão. Agravo improvido (TJMG - Agravo em execução - nº 1.0000.09.504193-5/001(1), 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Ediwal José de Morais, data de julgamento: 1º.12.2009).

> Recurso de agravo. Crimes contra o patrimônio. Prática de dois delitos de roubos (CP, art. 157). Incidente de unificação das penas. Pleito de reconhecimento de continuidade delitiva (CP, art. 71, *caput*). Impossibilidade. Habitualidade criminosa evidenciada. Decisão mantida. - Ao adotar a teoria da ficção jurídica, o Código Penal considerou o crime continuado, a título de pluralidade de crimes praticados em circunstância de tempo, lugar e modo de execução, a ponto de pressupor o crime subsequente como continuação ao primeiro, como crime único, tão somente para fins de aplicação da pena. No entanto, não se pode beneficiar com tal exceção o acusado que, mesmo enquadrado nas situações elencadas no art. 71, *caput*, do CPP, faz da prática reiterada de crimes da mesma espécie, hipóteses a configurar concurso material de delitos, sob pena de o instituto (mais benéfico ao réu, de regra), se prolongar no tempo, o que leva a impor-lhe um maior agravamento da pena (TJSC - Recurso de Agravo nº 2009.001954-9 - 2ª Câmara Criminal - Rel.ª Salete Silva Sommariva - 17.04.2009).

É este, também, o entendimento que se extrai da lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

> Por fim, não há que se reconhecer o crime continuado quando se tratar de habitualidade criminosa. O delinquente habitual faz do crime uma profissão e pode infringir a lei várias vezes do mesmo modo, mas não comete crime continuado com a reiteração das práticas delituosas (*persevantia in crimine ou persevantia in sceleris*). A continuidade, sucessão circunstancial de crimes, não pode ser confundida com a habitualidade criminosa, sucessão planejada, indiciária do *modus vivendi* do agente e que reclama, não tratamento amenizado, mas reprimenda mais severa (in *Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 319).

Entretanto, ainda que assim não fosse, não veria como dar azo à pretensão defensiva, pois, como cediço, para a aplicação desta ficção jurídica, que é o instituto da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento dos requisitos elencados no art. 71 do CP, dentre eles, a conexão espacial, o que, *in casu*, não verifico.

Ora, entre os ilícitos apurados no presente feito transcorreram mais de seis meses, o que impede falar que o subsequente foi continuação do primeiro.

Sobre o tema:

> [...] A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, para caracterizar a continuidade delitiva, é necessário o preenchimento de requisitos de ordem objetiva e subjetiva. 3. Constatada a mera reiteração, em que as condutas criminosas são autônomas e isoladas, afasta-se a idéia de continuidade delitiva para se acolher a tese da habitualidade ou profissionalismo na prática de crimes, circunstância que merece um tratamento penal mais rigoroso, tendo em vista o maior grau de reprovabilidade [...] (STJ, REsp 742.402/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, data do julgamento: 27.09.2007).

> Para efeito de reconhecimento da continuidade delitiva, é imprescindível, dentre outros requisitos, que os crimes praticados apresentem a mesma forma de execução, *ex vi* do art. 71 do Código Penal. II - *In casu*, tal não ocorreu, uma vez que o agente, para a prática dos delitos, se utilizou de diferentes meios e circunstâncias. III - Se entre as séries delituosas houver diferença de meses, não haverá continuidade delitiva, mas sim reiteração delitiva, devendo ser aplicada a regra do concurso material (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso) (STJ, REsp 962.017/RS, Rel. Min. Félix Fischer, data do julgamento: 25.10.2007).

Noutro giro, clama a defesa pela redução das penas-base, sem, contudo, apresentar qualquer justificativa.

Ocorre que, analisando minuciosamente a sentença hostilizada, vejo que o preclaro Juiz *a quo* agiu de forma criteriosa, fundamentando com propriedade seu decreto e mensurando o *quantum* aplicado com estrita observância às disposições dos arts. 59 e 68 do Código Penal.

Em verdade, as reprimendas basilares somente se afastaram do mínimo legal porque as condições reais dos delitos e pessoais do apelante assim exigiram, sendo certo que as inúmeras condenações criminais suportadas por D.J., por si só, já seriam suficientes a justificar a exasperação procedida, sem contar com seu confessado envolvimento com as drogas.

Porém, sem distanciar-me da questão afeta às penas, verifico a necessidade de se proceder a pequeno reparo na segunda fase da dosimetria.

É que, na conformidade do previsto no art. 67 do CP, devem a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea se compensar, pois são circunstâncias preponderantes, ambas de caráter subjetivo, merecendo, assim, a mesma valoração (uma favorável e outra contrária ao apelado).

Nesse sentido:

> Penal. Pena. Concurso de circunstâncias atenuantes e agravantes. Compensação. CP, art. 67. - Não merece censura,

por não violação às normas de direito penal pertinentes, decisão que realiza a compensação entre atenuantes e agravantes, atendidas as prescrições inscritas no art. 67, CP. - Recurso especial conhecido e desprovido (STJ, 6ª Turma, REsp nº 70626/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 14.10.1996, *DJU* de 9.12.1996).

Penal e processual penal. Apelação. Porte ilegal de arma. Agravante da reincidência e atenuante da confissão espontânea. Compensação. - Incidindo concomitantemente a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, devem-se compensar haja vista que ambas são de natureza subjetiva (TJDF, 2ª T. Crim., Ap. nº 2001.-09.1.000249-2, Rel. Des. Silvio Barbosa, j. em 27.6.2002, *DJU* de 11.9.2002, p. 84).

Portanto, mantenho as idênticas penas-base fixadas para ambos os delitos de furto - 5 (cinco) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo - e, na segunda fase, compenso a agravante da reincidência pela atenuante da confissão espontânea, conservando inalteradas as reprimendas basilares, as quais, ressalte-se, torno definitivas, porquanto ausentes causas de aumento ou diminuição.

Por fim, patenteado o concurso material entre os crimes de furto qualificado, somo as penas aplicadas, para torná-las definitivas em 10 (dez) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa, no valor unitário mínimo.

No mais, tendo em vista o *quantum* de pena aplicado, entendo prejudicados os pedidos de abrandamento do regime carcerário e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consoante o disposto nos arts. 33, § 2º, a, e 44, I, ambos do CP.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para compensar a agravante da reincidência pela atenuante da confissão espontânea, mantendo inalteradas as demais disposições da r. sentença penal condenatória.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FLÁVIO LEITE e REINALDO PORTANOVA.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Roubo majorado - Art. 157, § 2º, I, do Código Penal - Emprego de arma desmuniciada - Intimidação da vítima - Caracterização do delito - Ameaça - Embriaguez voluntária - Exclusão da imputabilidade - Impossibilidade - Condenação

Ementa: Roubo majorado e ameaça. Absolvição. Impossibilidade. Emprego de arma desmunciada. Meio idôneo para intimidar a vítima que não teve tempo nem condição de avaliar seu real potencial ofensivo. Decisão mantida.

- Caracteriza-se crime de roubo majorado mesmo no caso de ele ter sido praticado com utilização de arma de fogo desmuniciada, uma vez que a simulação de o agente portar a arma se manifesta idônea para intimidar, quando atinge o propósito, qual seja o de incutir medo e, com isso, diminuir ou eliminar a capacidade de resistência da vítima.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0607.09.054313-5/001 - Comarca de Santos Dumont - Apelante: R.V.O.S. - 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, sob a Presidência do Desembargador Paulo Cézar Dias, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2011. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - R.V.O.S., qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público perante a 1ª Vara da Comarca de Santos Dumont, sob a acusação de infração ao tipo penal descrito no art. 157, § 2º, inciso I, e art. 147 (por duas vezes) c/c art. 69, do Código Penal.

O réu foi regularmente processado e, ao final, foi condenado pelo Juiz de primeiro grau, que o considerou incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso I, c/c art. 147 (por duas vezes) c/c art. 69, todos do Código Penal, em razão do que lhe foi imposta pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e de 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção, no regime aberto. Foi o réu condenado, ainda, ao pagamento de pena pecuniária fixada em 10 (dez) dias-multa relativamente ao crime de roubo majorado, equivalendo o dia-multa a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos e atualizado monetariamente.

Inconformado recorreu o réu, apresentando suas razões de recurso às f. 124/126.

Nas razões de sustentação de seu recurso, o réu pugnou pela absolvição. Relativamente ao delito de ameaça, o réu alega não haver prova quanto à conduta delitiva. Já quanto ao delito de roubo o mesmo afirma

que, por não haver a grave ameaça mediante o emprego de arma de fogo, sob o argumento de que ela não estava municiada, o delito não restou configurado.

A representante do Ministério Público ofereceu contrarrazões às f. 85/88 rebatendo os argumentos expendidos pelo recorrente e opinando pelo desprovimento do recurso.

Remetidos os autos a esta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça, através do Dr. Laurides Paz Nascimento, opinando pelo parcial provimento do recurso aviado pelo réu para redução das reprimendas pela incidência das atenuantes da confissão espontânea (em relação ao delito de posse para uso próprio) e da menoridade relativa (em relação a ambos os delitos) (f. 94/96).

Conheço do recurso porque presentes todos os pressupostos do juízo de sua admissibilidade.

Examino inicialmente a alegação de absolvição do delito de roubo majorado.

A materialidade está comprovada pelo APFD de f. 02/08, BO de f. 10/13, auto de apreensão de f. 21, e laudo de prestabilidade e eficiência da arma de f. 27.

No que se refere à autoria, esta restou satisfatoriamente comprovada pelos depoimentos das vítimas e testemunhas inquiridas na fase extrajudicial e em juízo.

Desassiste razão ao recorrente quando alega que não restou configurado o delito sob o argumento de que a arma de fogo não estava municiada.

Não há que se falar em não emprego de violência ou grave ameaça na prática do delito pelo simples fato de estar a arma apreendida sem munição e, portanto, incapaz de produzir dano real à pessoa da vítima. Pelo que se viu no conjunto probatório dos autos, a arma, no estado em que se encontrava, se mostrou eficaz para o fim desejado pelo acusado.

A defesa do apelante intenta livrá-lo da condenação pela prática do crime de roubo qualificado questionando o fato de a arma estar sem munição. Entretanto este não é motivo abonador. A jurisprudência dos tribunais segue o entendimento segundo o qual a intimidação por arma de fogo, ou até mesmo por arma de brinquedo, é suficiente para qualificar o crime de roubo, pois, nos dias de hoje, com a população atemorizada, uma simples ordem de alguém, que, além do mais, ainda exibe uma arma de fogo, é mais do que suficiente para reduzir à incapacidade de defesa qualquer pessoa, e, verificando-se a subtração, não se pode negar a ocorrência de crime de roubo. Ora, se o emprego de arma de brinquedo é suficiente para qualificar o delito, com muito mais razão o é o emprego de arma verdadeira, ainda que desmuniciada e com defeito. Sendo assim, não é difícil concluir que, se o emprego do revólver na prática do roubo produziu o efeito desejado pelo recorrente, que era exatamente intimidar, quando nada, momentaneamente, a vítima, então deve ser aplicada a majorante.

A respeito desse tema, confiram-se os seguintes arestos:

> Se houve intimidação da vítima, por não saber que se trata de arma de brinquedo, justifica-se o aumento da pena a que alude o art. 157, § 2º, I, do CP. Precedentes do STF (STF - in *Revista dos Tribunais*, v. 592, p. 435).

> A ameaça com uma arma ineficiente ou com arma de brinquedo, quando ignorada tal circunstância pela vítima, constitui causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, pois tal conduta é suficiente para causar a intimidação da vítima (STJ - in *Revista dos Tribunais*, v. 733, p. 534).

> O fato de a arma empregada no crime de roubo estar desmuniciada e com defeito não é suficiente para caracterização do crime impossível, uma vez que foi suficiente para intimidar a vítima, tolhendo-lhe a capacidade de reação, ante o temor da ameaça de dano iminente, e, assim, constitui meio eficaz ao resultado colimado (TAPR - in *Revista dos Tribunais* v. 746, p. 678).

A vítima V.L.L. foi enfática ao afirmar que

> [...] o acusado foi à casa da depoente à procura de Z.; que a depoente disse que Z. não estava, uma vez que não mais vivia com ela; que o acusado estava de posse de uma garrucha velha; que o acusado apontou a garrucha para a depoente e disse que iria matar a depoente e sua mãe; que a mãe da depoente tinha problema de saúde e começou a passar mal; que o acusado viu a quantia de quatro reais em cima do móvel e falou que queria o dinheiro; que a depoente entregou o dinheiro ao acusado; que o acusado queria entrar na casa em virtude da chegada da polícia [...] que o acusado chegou a apontar a arma para a mãe da depoente; que o acusado chegou armado na janela da casa [...] (f. 91/92).

Em igual sentido são os depoimentos do policial R.C.M. (f. 55/53) e da testemunha civil S.A.M. (f. 53/54).

No caso, o que importa, portanto, é o reconhecimento da intimidação da vítima, e tal fato restou satisfatoriamente comprovado.

Portanto, restou configurado o crime de roubo majorado nos termos do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal pelo emprego de arma de fogo.

Com relação ao pedido de absolvição formulado pelo douto defensor do recorrente relativamente à ameaça, entendo que tal pretensão não merece acolhimento, uma vez que restaram satisfatoriamente a autoria e a materialidade delitivas.

Julgo conveniente destacar os seguintes depoimentos:

> [...] que, quando estava na delegacia, o acusado ameaçou a depoente e Vera Lúcia, dizendo que as duas iam se ver com ele quando saísse da cadeia; que a ameaça foi repetida várias vezes; que os policiais e os carcereiros presenciaram as ameaças [...] (S.A.M.A. - f. 53/54).

> [...] que, quando chegou ao local, o acusado estava apontando uma arma de fogo para uma senhora que estava na janela, qual seja, V.L.; [...] que no local da abordagem o causador fez ameaças dirigidas à vítima e também disse que ia matar um cidadão cujo nome não se recorda; que o acusado disse que ia matar a vítima [...] (R.C.M. - f. 55/56).

A defesa almeja a absolvição pelo delito de ameaça alegando o estado de embriaguez do apelante, como possível forma de isentá-lo do delito.

Ocorre que o caso se trata da hipótese do art. 28, inciso II, do Código Penal, ou seja, embriaguez voluntária, impossível de excluir a imputabilidade penal.

A propósito, este é o ensinamento de Damásio Evangelista de Jesus:

> Não exclui a imputabilidade a embriaguez voluntária ou culposa, pelo álcool, ou substância de efeitos análogos [...] Se o sujeito comete uma infração penal sob efeito de embriaguez, voluntária ou culposa, não há exclusão da imputabilidade, por consequência, não fica excluída a culpabilidade. Ele responde pelo crime. No sentido do texto: TJMG, A. Crim. 12.631, *RT* 536:372; TJPR, A. Crim. 257/77, *RT*, 511/411; TACrimSP, A.Crim. 389:691, *JTACrimSP*, 84:253; *RT* 530:370 e 311:86; *RTJE*, 45:264 (in *Código Penal anotado*. 5. ed. Saraiva, 1995, p. 106).

Isso posto, nego provimento ao recurso mantendo, na íntegra, a r. sentença condenatória.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS e FORTUNA GRION.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Crime contra a ordem tributária - Supressão de tributo mediante declaração falsa à autoridade fazendária, fraude à fiscalização tributária, com inserção de elementos inexatos em livro fiscal, e utilização de documento que devia saber inexato - "Notas frias" - Inidoneidade declarada por ato oficial - Compensação tributária - Redução de ICMS - Prejuízo ao erário - Quantia significativa - Inúmeras notas inidôneas - Variedade de empresas fornecedoras - Ausência de regularização da situação fiscal - Dolo - Configuração - Pena - Adequação

Ementa: Penal. Crime contra a ordem tributária. Admissibilidade. Duplicidade de processos. Continuidade delitiva. Inteligência do art. 76, III, do CPP. Conexão instrumental. Reconhecimento. Unidade de ação penal. Sentença única. Duplicidade de recursos. Apelo principal. Feito nº 1.0433.05.117637-4/001. Conhecimento. Apelo em apenso. Feito nº 1.0433.-05.165025-0/001. Apensamento pela conexão. Não conhecimento. Mérito. Recolhimento a menor de imposto mediante fraude na documentação fiscal. Materialidade do delito. Comprovação por documentos resultantes de processo de fiscalização tributária. Suficiência. Condenação mantida. Pena-base. Circunstâncias judiciais majoritariamente favoráveis. Redução. Cabimento. Substituição. Pena de multa. Proporcionalidade. Recurso provido em parte.

- Reunidos os procedimentos instaurados pelo oferecimento de denúncias em separado, em razão de crimes praticados em continuidade, é de se reconhecer a ocorrência de conexão instrumental, na forma do art. 76, III, do Código de Processo Penal, havendo, a partir daí, uma única ação penal, a ser resolvida por uma única sentença, impugnável por meio de um único recurso de apelação, interposto no feito principal.

- Apelo principal conhecido (Ap. Crim. nº 1.0433.05.-117637-4/001). Apelo em apenso não conhecido (Ap. Crim. nº 1.0433.05.165025-0/001).

- 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. 1º, incisos I, II e IV, da Lei 8.137/90.

- Desfavoráveis apenas duas das circunstâncias judiciais, a pena-base deve tender para o mínimo legal, não o contrário.

- Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos é medida que se impõe.

- O cálculo da pena de multa deve guardar proporção com o da pena corporal.

Recurso provido em parte.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0433.04.117637-4/001 (em conexão com a de nº 1.0433.05.165025-0/001) - Comarca de Montes Claros - Apelante: A.S.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HÉLCIO VALENTIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas

Gerais, sob a Presidência do Desembargador Duarte de Paula, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONHECER DO RECURSO RELATIVO À AÇÃO PENAL DE Nº 1.0433.-04.117637-4/001, DANDO PARCIAL PROVIMENTO A ELE, E NÃO CONHECER DO RECURSO RELATIVO À AÇÃO PENAL DE Nº 1.0433.05.165025-0/001.

Belo Horizonte, 12 de maio de 2011. - *Hélcio Valentim* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral o Dr. Otávio Batista Rocha Machado.

DES. HÉLCIO VALENTIM - Cuida-se de ação penal pública, promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Montes Claros, contra A.S.S., imputando-lhe a prática de fato tipificado como crime de supressão de tributo, consistente em utilizar documento que sabia ou devia saber ser falso ou inexato, nos termos do art. 1º, incisos I, II e IV, da Lei 8.137/90.

Narra a denúncia que, entre novembro de 2001 e janeiro de 2002, o denunciado, na qualidade de administrador da empresa no setor atacadista de mercadorias em geral, com sede na Rua XXX, registrada como contribuinte, no Estado de Minas Gerais, sob o número ABC, suprimiu R$ 1.182.424,29 (um milhão cento e oitenta e dois mil quatrocentos e vinte e quatro reais e vinte e nove centavos) em Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS, devido à Fazenda, aproveitando-se de créditos indevidos de ICMS, pela utilização de notas fiscais declaradas inidôneas pelo Fisco estadual (f. 2/3).

A inicial acusatória veio acompanhada de procedimento administrativo da Superintendência Regional da Fazenda VI (f. 5/104).

Recebida a denúncia (f. 106), o acusado foi citado por via editalícia (f. 126). Decretada a prisão do acusado, foi constituído advogado nos autos (f. 132/133), que forneceu endereço atualizado, para citação, após, revogou-se o decreto de prisão.

Citado (f. 138), o réu foi interrogado (f. 141/142), ocasião em que confessou parcialmente a autoria dos fatos descritos na denúncia, alegando desconhecer a inidoneidade das empresas cujas notas fiscais utilizou para obter créditos tributários.

Defesa prévia à f. 143.

Durante a instrução, foram ouvidas quatro testemunhas (f. 208/211).

Na fase do art. 499, a defesa pleiteou o apensamento do feito de nº 43305165025-0, instaurado para a apuração de fato semelhante, e a caracterização de eventual continuidade delitiva entre os crimes imputados no presente feito e naquele (f. 214/210), diligência cumprida à f. 239.

No apenso, o acusado, denunciado pela prática do crime descrito no art. 1º, inciso IV, da Lei 8.137/90, pela prática do mesmo fato (aproveitamento de créditos tributários gerados com a apresentação de notas fiscais declaradas inidôneas pelo Fisco estadual), ao longo do ano fiscal de 2001 (tendo suprimido R$ 191.667,01 - cento e noventa e um mil seiscentos e sessenta e sete reais e um centavo), foi regularmente processado, chegando o feito à fase de instrução, momento em que foi determinada a reunião dos autos.

Em alegações finais (f. 240/247), o Ministério Público pugnou pela condenação do acusado, como incurso nas iras do art. 1º, IV, da Lei 8.137/90, por duas vezes, em continuidade delitiva, em relação aos fatos apurados em ambos os processos (o presente, de nº 043304117637-4, e o apenso de nº 043305165-025-0 - f. 240/247).

A defesa do réu, por sua vez, pleiteou a absolvição, ao argumento da inexistência de dolo nas condutas imputadas (f. 254/259).

Sentença às f. 264/269, dando o acusado como incurso nas iras do art. 1º, incisos I, II e IV, da Lei 8.137/90, e do art. 1º, inciso IV, daquela mesma lei, na forma do art. 71 do Código Penal, à pena total de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 75 (setenta e cinco) dias-multa, no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Inconformado, apelou o réu (f. 273/274), em cujas razões pede a absolvição, pela ausência de dolo na conduta do apelante e, alternativamente, a redução da pena imposta, uma vez que o Sentenciante, tão somente em razão do número de tipos penais praticados pelo acusado (três, isto é, os dos incisos I, II e IV do art. 1º da Lei 8.137/90, fixou a primeira das penas-base em 4 (quatro) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, enquanto fixou a segunda, considerando idênticas as demais circunstâncias judiciais, em apenas 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa (f. 287/302).

No apenso de nº 043305165025-0, uma vez trasladada a sentença de um feito a outro, o acusado interpôs idêntica petição recursal, às f. 236/237, e idênticas razões recursais, às f. 243/258.

Em contrarrazões, o Ministério Público rebateu a argumentação defensiva (f. 303/310). No apenso, reiterou, em cota, as contrarrazões juntadas ao feito principal (f. 263-v.).

Em parecer, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento, em parte, do apelo, apenas para a redução da pena (f. 316/320). No apenso, apresenta idêntico parecer.

Eis, do que importa, o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Da duplicidade de ações penais.

Constatando, em ato de ofício, a irregularidade procedimental da duplicidade de recursos interpostos contra uma única sentença, a prolatada no feito de nº 043304117637-4, que teve uma via ajuntada ao feito de nº 043305165025-0, conheço apenas do apelo interposto no feito principal (nº 9043304117637-4) e devidamente processado, muito embora as manifestações produzidas nos autos tenham sido fielmente reproduzidas, a tempo e modo, nos autos do apenso (nº 043305165025-0).

Registro, em tempo oportuno, que a ação penal desenrolada no feito de nº 043305165025-0 perdeu a autonomia quando o d. Sentenciante, reunindo os feitos, proferiu a sentença de f. 264/269, em relação a ambos os delitos, com o quê, muito embora não tenha declarado na decisão, segundo a inteligência do art. 76, III, do Código de Processo Penal, determinou a conexão dos processos:

> Art. 76. A competência será determinada pela conexão:
> I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;
> II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;
> III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

A reunião dos processos, na forma do art. 76, III, do Código de Processo Penal, nas hipóteses de continuidade delitiva, embora não seja expressamente prevista no dispositivo, tem sido francamente admitida pelos tribunais:

> Recurso em sentido estrito. Crime continuado. Unificação de processos. Conexão instrumental. Art. 76, inciso III, do CPP-41. Juízo competente. Prevenção. Decisão interlocutória. Prejulgamento. Não configuração. - Tratando-se, em tese, de crime continuado, aplicando-se o princípio da economia processual e a fim de se evitar decisões conflitantes, justifica-se a unificação de processos. Configurada a conexão instrumental do art. 76, inciso III, do CPP (CPP-41), diante da interdependência de provas, o juízo competente será auferido pelo critério da prevenção. Decisão meramente interlocutória não configura prejulgamento ou modificação do libelo acusatório, uma vez que o juízo não se encontra adstrito às conclusões daquele que se deu por incompetente (TRF - 4ª R. - 1ª T. - Rec. 9604282557 - Rel. Gilson Dipp - j. em 10.09.1996 - *DJU* de 23.10.1996, p. 80.791).

> Processo penal. Competência. CPP, art. 76, III. Inquérito policial. Infrações diversas. Evasão de divisas. Influência recíproca das provas e conduta em caráter continuado. - Devem ser reunidos os inquéritos policiais instaurados contra o mesmo indiciado, pela prática do mesmo crime, se as provas de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova da outra, inclusive em face da existência de crime em caráter continuado (TRF - 4ª R. - 4ª S. - CC 200204010544445 - Rel. Vladimir Freitas - j. em 28.04.2003 - *DJU* de 07.05.2003, p. 536).

E, uma vez reunidos os processos, reunidas estão as ações penais no presente feito, o de nº 043-304117637-4, que foi regularmente iniciado em 11 de março de 2004 (denúncia recebida à f. 106), enquanto a ação penal de nº 043305165025-0 foi instaurada apenas em 6 de outubro de 2005 (f. 156, apenso).

Reconhecida a reunião de ações penais, não conheço do apelo interposto contra a via da sentença juntada aos autos do feito de nº 043305165025-0, uma vez que a ação penal em curso naquele processado confluiu e passou a integrar a ação penal em curso no feito de nº 043304117637-4. O que há, naquele feito acessório, é mera via da decisão, contra a qual nem sequer poderia haver sido admitido, ainda no juízo de prelibação, na origem, portanto, o recurso de f. 236 do apenso. Tanto isso é verdade que naqueles autos não se colheram alegações finais, providenciadas apenas no que tenho por principal.

Conheço, portanto, apenas do recurso interposto no feito principal, porque presentes os pressupostos para a sua admissão.

Preliminares.

Não há preliminares a serem analisadas, nem nulidades a serem reconhecidas de ofício.

Mérito.

No mérito, razão não assiste ao apelante, já que a sentença condenatória se arrima no firme conjunto de elementos probatórios reunidos ao longo dos procedimentos administrativos para a apuração de seus débitos fiscais.

A vasta documentação produzida, em sede administrativa, pelo Fisco estadual comprova, satisfatoriamente, a materialidade do crime de supressão de tributo que rendeu a condenação aqui questionada.

As notas fiscais de f. 23/62 dos autos principais (PTA nº 01.000140787.22) e de f. 28/69 do apenso (PTA nº 01.000139847.71), as declarações de inidoneidade de f. 21/22 (principal) e 23/24 (apenso) e as certidões da dívida ativa de f. 104 e 150 demonstram, à exaustão, haver o acusado se beneficiado de "notas frias" para a compensação de débito de ICMS, deixando de recolher, nos períodos de 10 de agosto de 2001 a 21 de dezembro de 2001 e 1º de novembro de 2001 a 31 de janeiro de 2002, as quantia respectivas de R$ 191.667,01 (cento e noventa e um mil seiscentos e sessenta e sete reais e um centavo) e R$ 1.182.424,29 (um milhão cento e oitenta dois mil quatrocentos e vinte e quatro reais e vinte nove centavos), valores apurados à época dos fatos, conforme atestam os relatórios circunstanciados e conclusivos de aproveitamento indevido de ICMS de f. 5/8 (principal) e 5/8 (apenso).

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. Por essa razão, segundo alega, não haveria dolo em sua conduta, consistente da prestação de declarações falsas às autoridades fazendárias e, ainda, da utilização de documentos que sabia ou devia saber serem falsos ou inexatos.

Como bem argumenta o diligente membro do *Parquet*, a inidoneidade das notas fiscais empregadas pelo apelante para o aproveitamento indevido de créditos tributários é inequívoca. O próprio réu, em sua defesa, não questiona a ocorrência de tais aproveitamentos indevidos.

Em interrogatório judicial, afirmou o acusado que

> são parcialmente verdadeiros os fatos narrados na denúncia; não nega que tenha recolhido ICMS a menor no período compreendido entre novembro de 2001 e janeiro de 2002, mas se o fez foi acreditando que as notas fiscais que tiveram aproveitamento de ICMS eram idôneas; quando recebia mercadorias era feito consulta ao Sintegra para se identificar se a empresa emitente da nota estava em atividade e era habilitada; não era o acusado quem recebia as mercadorias e verificava as notas fiscais; tal atividade era desenvolvida por um determinado da empresa e ficava a cargo da funcionária Gisele que cuidava da recepção de mercadorias; não sabe como o Fisco declara a inidoneidade de notas fiscais; o Sintegra é um sistema da própria secretaria da Fazenda; a contabilidade da empresa era terceirizada, e ficava sob a responsabilidade de escritório de contabilidade que não sabe dizer o nome no momento; conhece a testemunha Maria do Rosário Ledo de nome e não tem nada a alegar contra ela (*Sic*, f. 141/142).

Interrogado também no feito de nº 1.0433.-05.165025-0/001 (f. 192/193, apenso), ali foi esse o teor das declarações do empresário.

Segundo os atos declaratórios de f. 21/22 (principal), são inidôneos os documentos fiscais emitidos pelas empresas C.L. Ltda. (de nº 000.601 a 001.100, impressos em 10.05.2001) e T.S.D. Ltda. (documentos fiscais emitidos a partir de 1º de agosto de 2001).

As notas fiscais utilizadas pelo acusado, emitidas pela empresa C.L. Ltda., são de nº 000.756, 000.762, 000.873, 000.878, 000.881, 000.886, 000.888, entre outras; registram o recolhimento de ICMS, em média, no valor aproximado de R$ 10.000,00 (dez mil reais). E os documentos emitidos pela empresa T.S.D. Ltda. o foram a partir de 18 de dezembro de 2001, conforme demonstram as cópias de f. 31/62.

Já em relação ao procedimento apensado às f. 23/24, encontra-se o ato declaratório de inidoneidade dos documentos fiscais emitidos pela empresa E.P. Ltda., a partir de 26 de junho de 2001. E, às f. 28/69 (apenso), numerosas notas fiscais, todas emitidas pela E.P. Ltda., a partir de 10 de agosto de 2001, no período alcançado pela declaração de inidoneidade mencionada.

O apelante foi condenado, uma vez, pela prática da conduta descrita no art. 1º, inciso IV, da Lei 8.137/90; e, também uma vez, pela prática das condutas descritas no art. 1º, incisos I, II e IV, da Lei nº 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 das condutas descritas no dispositivo legal.

Sobre a conduta descrita no inciso II do art. 1º da Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, 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 A.S.S., com inscrição estadual sob o nº 4330263740068, de modo a obter a redução do ICMS devido.

O enquadramento típico do fato na figura do 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 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. nº 134.570/1 - Rel. Des. Luiz Carlos Biasutti - j. em 17.11.1998 - *RT* 764/642).

Por seu turno, também não merece acolhida a tese defensiva da inexistência de dolo na conduta do acusado, segundo a qual ele, sem ciência da inidoneidade dos documentos fiscais, os apresentou às autoridades fazendárias para obter compensação tributária que acreditava lícita.

Fossem duas ou três "notas frias" que 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 a significativa quantia de R$ 1.374.091,30 (um milhão trezentos e setenta e quatro mil noventa e um reais e trinta centavos), em prejuízo do erário público.

Consideradas as inumeráveis notas inidôneas apresentadas e a variedade de empresas que as teriam fornecido ao comerciante e, ainda, o fato de o acusado não haver impugnado a decisão proferida em sede administrativo-tributária, reconhecendo a prática dos ilícitos fiscais, além de ter em conta o fato de que o acusado deixou 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, nos termos 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.

Entretanto, no que toca à pena fixada, entendo necessário pequeno reparo. É que o tipo penal do art. 1º da Lei 8.137/90 se classifica, a meu ver, como tipo misto alternativo, bastando a prática de qualquer das condutas ali previstas para o aperfeiçoamento do resultado. Se praticada mais de uma das hipóteses típicas, lado outro, não ocorrerá uma nova infração penal: cuida-se do mesmo delito, consistente da supressão de tributo, ainda que tal conduta corresponda a mais de uma das hipóteses do mencionado dispositivo.

Isso, naturalmente, quando as diversas condutas praticadas - típicas das hipóteses legais inscritas nos incisos do art. 1º da Lei 8.137/90 - forem praticadas para a sonegação de um mesmo tributo, o que se verificou *in casu*, na medida em que todas as ações praticadas (informações falsas prestadas à autoridade fazendária, inserção de elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal e utilização de documentos que o acusado sabia ou devia saber falsos ou inexatos) serviram para a supressão do ICMS devido em razão das transações comerciais firmadas com as empresas C.L. Ltda., T.S.D. Ltda. e E.P. Ltda.

Por tal razão, entendo excessiva a pena-base fixada em 4 (quatro) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, assim aplicada com fundamento na triplicidade de hipóteses típicas praticadas pelo réu, para suprimir o tributo devido.

Ao examinar as circunstâncias judiciais, o d. Sentenciante julgou desfavoráveis, tão somente, as circunstâncias do crime (prática de três figuras típicas) e as suas consequências (alto valor do tributo suprimido), elevando, em seguida, a pena para o *quantum* equivalente ao dobro do mínimo legal cominado, de modo a fazê-la se aproximar do máximo - 5 (cinco) anos - previsto no art. 1º da Lei 8.137/90.

A meu ver, tamanho aumento não se justifica, razão pela qual revejo a fixação da pena e, embora concordando com o d. Sentenciante quanto à natureza desfavorável daquelas circunstâncias, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, pela prática dos fatos previstos no art. 1º, incisos I, II e IV, da Lei 8.137/90, imputados no feito principal, pena que torno definitiva, à míngua de circunstâncias outras a considerar.

No que toca à pena fixada para o crime do art. 1º, IV, da Lei 8.137/90, descrito no apenso, pequeno reparo é devido à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa, definida na r. sentença recorrida, uma vez que a pena de multa não guarda a necessária proporcionalidade com a pena corporal fixada.

Reduzo, portanto, a pena-base de multa aplicada, fixando-a em 12 (doze) dias-multa, mantido o *quantum* da pena corporal, elevada em virtude do excessivo montante de tributo suprimido.

Mantenho o valor de cada dia-multa em 1/3 (uma terça parte) do salário mínimo vigente à data dos fatos.

Considerando a continuidade delitiva, na forma do art. 71 do Código Penal, aplico a mais grave das penas, aumentando-a em 1/6 (uma sexta parte), para defini-la em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Na forma do art. 72 do Código Penal, fixo a pena de multa em 25 (vinte e cinco) dias-multa, esta definida em 1/3 (um terço) do salário mínimo.

O regime para o cumprimento da pena será o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

Presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena corporal por 1 (uma) pena de prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da condenação; e 1 (uma) pena de prestação pecuniária, no valor de 3 (três) salários mínimos.

Aplicada a substituição, não há falar em suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77 do Código Penal.

Tudo considerado, conheço apenas do recurso interposto na Ação Penal de nº 1.0433.05.117637-4/001 e a ele dou provimento em parte, para reduzir a pena aplicada, fixando-a em 3 (três) anos e 6 (seis)

meses de reclusão, em regime aberto, e 25 (vinte e cinco) dias-multa, no mínimo legal cominado, substituída a pena corporal por 1 (uma) pena de prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da condenação, e 1 (uma) pena de prestação pecuniária, no valor de 3 (três) salários mínimos, mantida, quanto ao mais, tal como lançada, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex lege*.

É como voto!

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - De acordo.

DES. CÁSSIO SALOMÉ - De acordo.

Súmula - CONHECERAM DO RECURSO RELATIVO À AÇÃO PENAL DE Nº 1.0433.04.117637-4/001, DANDO PARCIAL PROVIMENTO A ELE, E NÃO CONHECERAM DO RECURSO RELATIVO À AÇÃO PENAL DE Nº 1.0433.05.165025-0/001.

...

Agravo de execução penal - Ausência de prisão injusta - Réu preso em flagrante por outro delito - Condenação - Pena privativa de liberdade - Liberdade provisória - Nexo de causalidade - Inexistência - Detração - Descabimento - Contagem do prazo

Ementa: Agravo em execução. Detração. Inexistência de prisão injusta a justificar a aplicação deste instituto. Ausência do nexo de causalidade entre a prisão prosivória e o crime pelo qual se cumpre pena privativa de liberdade. Manutenção da decisão indeferitória.

- A detração só é cabível quando verificado que o indivíduo ficou preso injustamente. O agravante, quando da decretação da prisão provisória, já se encontrava recolhido ao cárcere em virtude de prisão em flagrante delito que culminou com a sua condenação, e este tempo fora detraído da reprimenda imposta.

- A contagem do prazo para a detração é regida pelo nexo de causalidade entre a prisão provisória e a pena privativa de liberdade imposta.

Desprovimento ao recurso que se impõe.

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0701.09.-250363-3/001 - Comarca de Uberaba - Agravante: E.S.S. - Agravado: 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, sob a Presidência do Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2011. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de agravo interposto por E.S.S., contra decisão de f.15, que indeferiu o seu pedido de detração da pena privativa de liberdade referente ao período em que esteve preso provisoriamente por outro processo.

Nas razões recursais de f. 03/09, requer a reforma da decisão para que seja detraído da reprimenda pela qual fora condenado o período em que esteve preso provisoriamente em outro processo, no qual foi absolvido. Argumenta-se que não há óbice legal à detração de tempo de prisão provisória em processo em que foi reconhecida a sua absolvição, mesmo que já estivesse recolhido para cumprimento de pena por fato diverso em autos de processo distintos.

Contrarrazões, f.17/19.

Despacho de manutenção da decisão agravada, f. 20.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, f. 33/36, da lavra da ilustre Procuradora Dr.ª Adelaide Cristina de Carvalho, opinando pelo não provimento do recurso.

Exsurge do instrumento de agravo que o recorrente fora condenado pela prática do crime de roubo majorado, autos de processo 701.07.205983-8, a uma pena privativa de liberdade de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Encontrando-se recolhido na prisão em virtude deste processo, desde o dia 27 de novembro de 2007 até 04 de fevereiro de 2010, foi-lhe decretada, no dia 12 de novembro de 2008, prisão preventiva por suposta prática de crime diverso, autos nº 701.08.-216822-3, sendo absolvido quanto a este processo, com a consequente expedição de alvará de soltura em 04.02.2010.

Em decorrência desta absolvição, o recorrente requereu perante o juízo da execução penal a detração da sua pena pelo período em que esteve preso provisoriamente por outro processo. Esse pedido foi indeferido ao fundamento de que o tempo em que o apenado esteve segregado nos autos, pelo processo em que se colheu a absolvição, estava cumprindo pena por condenação incorporada àquela VEC, não podendo haver duplicidade de detração.

Correta a decisão agravada, não merecendo acolhida a pretensão do agravante.

A detração só é cabível quando verificado que o indivíduo ficou preso injustamente, permanecendo à disposição da Justiça, cerceado o seu *status libertatis* em virtude de prisão provisória que culminou com a absolvição. Não é o que ocorre no presente caso.

Vê-se que a prisão provisória do apelante em relação à ação penal que culminou com a posterior absolvição não foi única causa que o manteve encarcerado. O agravante já se encontrava preso em virtude de flagrante delito por outro processo em que foi condenado, pelo qual se encontra cumprindo pena. Nestes autos houve a detração da sua pena pelo período em que se manteve enclausurado. Não pode ocorrer uma dupla detração, como bem fundamentado pela decisão hostilizada.

De mais a mais, a doutrina majoritária e a jurisprudência exigem nexo causal entre a prisão provisória e a pena privativa de liberdade. Necessária a ligação entre os fatos pelos quais ficou o réu segregado provisoriamente e pelos quais foi efetivamente condenado de forma definitiva.

Nesse sentido, decidiram os Tribunais Superiores:

> A prisão computável na duração da pena deve relacionar-se com o fato que é objeto da condenação. Aplicação dos artigos 34 do Código Penal e 672 do Código de Processo Penal (STF - R*HC* 48.718-SP, 2ª T., Rel. Eloy da Rocha).
>
> Quando o réu sofre duas condenações em processos que não guardam conexão, ou em que inexiste continência, ainda que em relação ao primeiro haja sido decretada a prescrição da ação, após o cumprimento de grande parte da pena, este tempo não se computa na pena imposta pelo segundo (STF, *HC*, Rel. Djaci Falcão, *RTJ* 43/385 e *RDP* 1/110). No mesmo sentido: *RJTJSP* 96/516, *RT* 407/252, *JUTACrim* 30/94.

O melhor entendimento da doutrina e da jurisprudência firma-se na necessidade de que haja nexo de causalidade entre a prisão provisória e a pena privativa de liberdade. (STJ, R*HC* 2.184-SP, 6ª T., Rel. José Cândido de Carvalho Filho.)

Ante tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS e FORTUNA GRION.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Furto - Tentativa - Vigilância - Sistema de câmeras de segurança - Crime impossível - Não ocorrência - Periculosidade da ação - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Condenação - Vias de fato - Ausência de prova - Absolvição - Dano qualificado - Configuração - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Art. 59 do Código Penal - Inobservância - Redução da reprimenda - Defensor público - Custas - Isenção

Ementa: Apelação criminal. Furto tentado. Vigilância realizada com sistema de câmeras de segurança. Crime impossível. Inocorrência. Invocação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Periculosidade social da ação constatada. Vias de fato. Ausência de provas da autoria. Absolvição. Dano qualificado. Circunstâncias do art. 59 do CP. Realização de nova análise. Redução da reprimenda. Recurso parcialmente provido.

- Para a configuração do instituto do crime impossível, mister a demonstração da absoluta ineficácia do meio empregado, o que não ocorreu no presente caso, tendo-se, portanto, a ocorrência de uma tentativa de furto, e não de crime impossível.

- Pelo princípio da insignificância, é necessário que haja proporção entre a gravidade da conduta que se pretende punível e a proporção da intervenção estatal, não sendo, portanto, a ofensa a determinados bens jurídicos suficiente para a configuração do injusto penal, por não apresentar nenhuma relevância material.

- Configurada a periculosidade social da ação, em virtude da existência de condenações pretéritas pela prática do delito de furto, bem como pela ofensa a mais de um bem patrimonial tutelado, sendo um deles estatal, incabível a aplicação do princípio da insignificância, devendo ser mantida a condenação imposta em primeiro grau.

- Não havendo provas produzidas em juízo no sentido de comprovar a autoria do delito de vias de fato, há que se invocar o brocardo do *in dubio pro reo* e absolver a apelante.

- Verificado que as circunstâncias do art. 59 do CP não foram adequadamente ponderadas, faz-se necessária a realização de nova análise para reduzir a reprimenda referente ao delito de dano qualificado.

- Verificado nos autos que a apelante fora patrocinada por Defensor Público, é de conceder-lhe a isenção das custas processuais.

Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.09.724138-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: C.C.O. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, 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, 19 de maio de 2011. - *Nelson Missias de Morais* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS - Trata-se de apelação criminal interposta pela defesa de C.C.O., condenada como incursa nas sanções do art. 155, c/c art. 14, II, e 163, todos do Código Penal, e art. 21 do Decreto-lei nº 3688/41, à pena total de 10 (dez) meses de reclusão, 10 (dez) meses de detenção, 30 (trinta) dias de prisão simples e ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, impondo o regime semiaberto de cumprimento de pena para as prisões de reclusão e detenção e o regime aberto para a prisão simples (f. 257/269).

Nas razões recursais, a defesa alega que a apelante merece ser absolvida, uma vez que o crime por ela praticado é impossível, em razão da ineficácia do meio empregado para sua consumação.

Não sendo acatada a tese do crime impossível, pugna pelo reconhecimento da insignificância do bem furtado e, consequentemente, pela absolvição em razão da atipicidade da conduta perpetrada.

Requer, igualmente, a absolvição na contravenção penal de vias de fato, ante a ausência de provas da autoria e, até mesmo, em virtude de ter agido em legítima defesa.

Alternativamente, pretende a redução das penas-base fixadas em todos os delitos em que fora condenada e o reconhecimento da minorante do furto privilegiado.

Por fim, pleiteia a isenção das custas processuais.

Contrarrazões ministeriais às f. 304/314.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pelo conhecimento e improvimento do recurso, f. 320/323.

Este, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissibilidade.

Consta na denúncia que, no dia 24.10.2009, na Avenida Cristiano Machado, Bairro União, nesta Capital, a apelante, mediante arrombamento, tentou subtrair coisa alheia móvel, consistente em um rolo de fio elétrico de cobre de 100 metros de cabo flexível de 1,00x6,00mm da marca LCA, de propriedade da loja xx, só não tendo consumado a prática delituosa por circunstâncias alheias a sua vontade. Ainda, praticou vias de fato contra funcionários que tentaram dominá-la, bem como destruiu patrimônio do Estado.

Segundo a exordial acusatória, após adentrar o referido estabelecimento, a denunciada arrancou o sensor de alarme do bem, deixando-o atrás de algumas luminárias expostas. Depois, retornou ao local e colocou o referido produto em sua bolsa, dirigindo-se à saída sem efetuar o pagamento. Ato contínuo, já do lado de fora do estabelecimento, foi abordada pelos fiscais, debatendo-se e efetuando chutes e pontapés nos mesmos, momento em que caiu de sua bolsa a *res furtiva*.

Acionada a PM, a denunciada foi presa em flagrante e encaminhada à delegacia, sendo que, já no interior da cela, ela utilizou-se de uma meia enrolada na mão para desferir socos no vidro, danificando-o, bem como fez uso de um *roach* que se encontrava na sua boca, para retirar os cacos e amassar a esquadria de alumínio, visando à fuga.

Passo à decisão.

A materialidade dos delitos encontra-se devidamente comprovada pelo APFD, f. 07/12, BO, f. 36/40, auto de apreensão, f. 42/43, termo de restituição, f. 44, laudo pericial de avaliação indireta, f. 156, e laudo pericial de constatação de danos, f. 229/235.

No tocante à autoria, tratando-se de pluralidade de delitos, essa será analisada separadamente para cada um deles.

Do delito de furto tentado.

Vê-se do contexto probatório que a autoria é inconteste, tanto pela confissão da apelante quanto pelos depoimentos das testemunhas.

Perante a autoridade policial, a apelante declarou que subtraiu 1 (um) rolo de fio de cobre que estava exposto na prateleira do estabelecimento/vítima, colocando-o na sua bolsa e evadindo-se do local. Todavia, foi abordada já fora do local dos fatos por 2 (dois) fiscais da loja e confessou que teria subtraído a *res*, devolvendo-a de imediato, f. 32

Em juízo, confirma suas declarações prestadas na fase inquisitiva:

> [...] são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; como viu que estava sendo vigiada e perseguida pelos seguranças da loja resolveu devolver o tubo de fios motivo pelo qual se dirigiu até a gôndola para poder colocar o tubo de fios no lugar em que havia pegado-o, mas foi detida pelos policiais; é usuária de drogas e cometeu o crime para comprar droga e pagar o lugar aonde morava; deve ter mais de oito anos que mexe com droga [...] f. 185/186.

Os fiscais da loja xxx, W.S.D. e R.R.S., quando da lavratura do flagrante, confirmam de forma harmônica

que a apelante fora monitorada pelo circuito de vigilância e flagrada subtraindo um rolo de fio de cobre, pelo que se prontificaram a abordá-la e lograram êxito em recuperar o objeto furtado, acionando a polícia em seguida, f. 10.

Já na fase judicial, apenas W. foi ouvido e confirmou suas declarações prestadas em sede administrativa:

> [...] reconhece a acusada presente como sendo aquele que praticou os fatos narrados na denúncia; a mercadoria que a acusada tinha tentado furtar não tinha sensor de alarme, pois tinha acabado de ser colocada na prateleira; se não me falha a memória o tubo de fios custa cento e quarenta e nove reais. [...] toda ação delitiva foi acompanhada pelo sistema de câmaras da loja [...], f. 184.

Os milicianos que participaram da prisão da apelante não presenciaram os fatos e, portanto, apenas confirmam o relato dos fiscais que a abordaram e também ratificaram que ela teria confessado a prática do delito, f. 07/08 e 174/175.

Fácil concluir que a prova testemunhal é uníssona e induvidosa quanto à prática do furto tentado por parte da apelante, pelo que resta apenas ponderar sobre a possibilidade de aplicação da teoria do crime impossível ou do princípio da insignificância.

No tocante ao crime impossível suscitado pela defesa, para sua ocorrência é necessário que o agente não atinja seu intento por dois motivos: ineficácia absoluta do meio empregado e absoluta impropriedade do objeto.

A conjugação dessas duas circunstâncias redundaria em causa de atipicidade da conduta, o que por consequência se entenderia como inexistência de ofensa ao bem juridicamente tutelado.

No caso em tela, o que se discute é a ineficácia absoluta do meio empregado pela apelada, sendo que a ocorrência ou não da infração deve ser apreciada diante do caso concreto para, assim, se verificar se o meio empregado de fato impossibilitou a ré de consumar sua pretensão.

Ocorre, entretanto, que entendo frágil amparar-se à tese de que a simples presença de um funcionário do hipermercado vigiando a infratora, ou até mesmo a existência de um circuito interno de câmeras de segurança, já seria o suficiente para a não consumação do delito.

A vigilância empregada em diversos estabelecimentos comerciais - por meios eletrônicos ou até mesmo utilizando-se de seguranças especializados - apenas são barreiras àqueles que pretendem executar seus intentos criminosos.

Além disso, não se pode deixar de considerar também que todo sistema de vigilância, por mais moderno e eficiente que seja, é passível de falhas, o que já elide a ocorrência de crime impossível em casos como o em apreço.

Ora, o meio empregado pela ré ou o objeto material somente deverá ser considerado absolutamente ineficaz ou impróprio quando, pelo princípio da lesividade, não puder ao menos colocar em risco de lesão o bem juridicamente tutelado.

A prova dos autos demonstra que os fiscais do estabelecimento/vítima, após flagrarem a apelante furtando a *res* apreendida, e acompanharem todo o *iter criminis*, anularam os meios empreendidos por ela na conduta delituosa, inclusive abordando-a já fora do local dos fatos, oportunidade em que lograram êxito em apreender o objeto furtado e acionaram a polícia.

Todavia, a atuação dos funcionários do estabelecimento comercial, a meu ver, representa tão somente a circunstância alheia à vontade da ré, pois apenas impediu a consumação do delito de furto, fator que não tem a capacidade de produzir a total ineficácia do meio empregado pelo agente.

Nesse contexto, tenho que a absoluta ineficácia do meio ou a impropriedade do objeto independem de circunstâncias externas à vontade da agente, como no caso em testilha.

Aliás, tais condições necessárias para se aventar com a hipótese de crime impossível são propriedades objetivas que já existem antes do início da prática delituosa, as quais, se verificadas, a inviabilizam.

Desta feita, entendo por inviável o reconhecimento do suscitado crime impossível.

Passando à análise da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, verifico que essa se mostra inviável no caso dos autos.

Como sabido, a incidência do referido princípio afasta a tipicidade material da conduta, tendo em vista a mínima repercussão da conduta do agente sobre o bem jurídico tutelado.

Nas palavras do professor Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

> A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nestas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal, porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. (In *Princípios políticos do direito penal*. 2.ed., Ed. RT, p. 89.)

Nesse contexto, o princípio em estudo, à míngua de previsão em lei, configura causa supralegal de exclusão de tipicidade, perfeitamente aplicável em tese.

Para a incidência de tal princípio, é necessária a conjunção de alguns requisitos, os quais, segundo o

Supremo Tribunal Federal, são: ofensividade mínima da conduta do agente; ausência de periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado. Confira-se aresto proferido pelo Pretório Excelso:

> *Habeas corpus*. Penal. Furto. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Reparação do dano. Atenuação da pena. Aplicação, por analogia, do disposto no art. 34 da lei n. 9.249/95, visando à extinção da punibilidade em relação aos crimes descritos na lei n. 8.137/90. Supressão de instância. 1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa, cautelosa e casuística. Devem estar presentes em cada caso, cumulativamente, requisitos de ordem objetiva: ofensividade mínima da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente e inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado. Hipótese em que a impetrante se limita a argumentar tão somente com o valor do bem subtraído, sem demonstrar a presença dos demais requisitos. [...]. (STF, *HC* 92743/RS, Min. Eros Grau, pub. em 14.11.2008.)

No caso dos autos, apesar de o valor do bem furtado não ser significante, entendo que há uma periculosidade social na ação perpetrada pela apelante, uma vez que ela já foi condenada pela prática, também, do delito de furto, o que comprova que sua conduta vem sendo pautada pelo descaso para com o Poder Judiciário e, portanto, não merece ser beneficiada com o princípio da bagatela.

Além disso, é de se ressaltar que no presente caso há mais de um bem patrimonial tutelado, ainda que relacionado com o delito de dano qualificado, sendo esse de propriedade do Estado. A conduta da apelante denota sua audácia, quando pratica o furto no estabelecimento/vítima e, não satisfeita, danifica a sala de reconhecimento da Delegacia Regional Noroeste, do Bairro Alípio de Melo, como se vê às fotos de f. 233/235.

Dessarte, ausentes os requisitos, não se mostra cabível a aplicação do princípio da insignificância, devendo ser mantida a condenação pela prática do delito de furto tentado.

Da contravenção penal de vias de fato.

No tocante à presente contravenção penal, não verifico a presença de provas concretas da autoria.

A vítima W.S. declara perante a autoridade policial que "o depoente e R. tentaram conter J., a qual conseguiu acertar um chute no joelho esquerdo do depoente e tentou acertar um soco na genitália de R., sem sucesso", f. 09.

R.R.S., por sua vez, declara, também, na fase inquisitiva, que "J. ficou muito nervosa e tentou agredir o declarante em sua genitália, mas o declarante se esquivou; que J. acertou um chute no joelho esquerdo de W.", f. 10.

Entretanto, quando da realização da audiência de instrução, somente W. fora ouvido e não confirmou suas declarações prestadas na fase inquisitorial, f. 184.

Analisando as declarações prestadas pela apelante, vê-se que, quando de sua prisão, nem sequer cita a existência de qualquer agressão, f. 11. Em juízo, confirma as agressões, justificando-as em razão da violência empreendida pelas vítimas: [...] "reagiu à abordagem dos seguranças porque eles foram agressivos com a interroganda, e, inclusive, pegaram com tanta força o seu braço que o braço quase foi quebrado" [...] f. 186.

A meu ver, não há certeza na consumação da contravenção de vias de fato, seja pela ausência de confirmação da prova administrativa em juízo (art. 155 do CPP), seja pela plausibilidade da justificativa apresentada pela apelante para a sua reação, a despeito de não ter sido realizado o exame de corpo de delito e confirmada a agressão por ela alegada.

Em suma, não há provas concretas da autoria, o que enseja a invocação do princípio do *in dubio pro reo*.

Do delito de dano qualificado.

Quanto ao delito de dano, a autoria encontra-se induvidosa, tanto que nem sequer foi objeto de irresignação da defesa em suas razões recursais.

A apelante confessa o delito, e o laudo pericial de f. 230/235 demonstra os estragos causados pelos socos desferidos contra o vidro da delegacia. Não há dúvidas quanto à ocorrência do delito de dano.

Assim, incumbe-me analisar o pedido de redução da reprimenda imposta.

Analisando a pena-base fixada, de fato razão assiste à apelante.

Verifica-se que o ilustre Magistrado de primeiro grau fixou a pena-base razoavelmente acima do mínimo legal, embora, a meu ver, das circunstâncias constantes no art. 59 do CP, apenas os antecedentes lhes são desfavoráveis, motivo pelo qual passo a reestruturá-la.

Passo, assim, à dosimetria da pena.

Na primeira fase, verifico que, quanto à culpabilidade, tem-se que a conduta da acusada é reprovável, mas normal à espécie, pois inserida no próprio tipo, não podendo ser considerada desfavorável.

De uma leitura de sua CAC, vê-se que ela possui duas condenações transitadas em julgado, uma por uso de drogas e outra por prática de delito contra o patrimônio, f. 192/196. Assim, constato a presença de antecedentes maculados que, todavia, não geram reincidência.

A conduta social e a personalidade da agente não foram delineadas nos autos, presumindo-se, assim, favoráveis a ela.

As circunstâncias do crime são ínsitas ao delito de furto triplamente qualificado, não podendo lhe ser desfavoráveis.

O motivo do crime é ínsito ao tipo penal.

As consequências não lhe são desfavoráveis, uma vez que os danos causados são ínsitos ao tipo penal.

O comportamento da vítima não facilitou a ação da ré.

Em assim sendo, e por considerar desfavorável apenas uma circunstância judicial, fixo-lhe a pena-base em 7 (sete) meses de detenção e 13 (treze) dias-multa.

Na segunda fase, verifico a presença da atenuante da confissão espontânea, reduzindo a reprimenda em 1 (um) mês e 3 (três) dias-multa.

Não constato a presença de agravantes.

Por fim, ante a ausência de quaisquer causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição de pena, concretizo a pena da apelante em 06 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, mantendo a fração de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo fixada na sentença de primeiro grau, por entender necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Fixo o regime de cumprimento de pena no aberto, consoante o art. 33, § 2º, c, do CP.

Assim, com fulcro nos arts. 44, parágrafo 2º, 46 e 48, todos do CP, substituo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, pelo prazo da pena, nos termos do art. 55, CP, facultando-lhe a redução do referido tempo nos moldes do § 4º do art. 46 do CP, conforme condições a serem estipuladas pelo juízo da execução.

Por fim, verificado nos autos que a apelante fora patrocinada por Defensor Público, isento-a do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 10, II, da Lei Estadual nº 14.939/03 e art. 805 do CPP.

Isso posto, dou provimento parcial à apelação para absolver a apelante da prática da contravenção penal de vias de fato, com base no art. 386, VII, do CPP, e modificar a pena imposta ao delito de dano qualificado, concretizando-a em 06 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, fixando o regime de cumprimento de pena no aberto, substituindo-a pena corporal pela restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade.

É como voto.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MATHEUS CHAVES JARDIM e JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Roubo - Crime tentado - *Iter criminis* - Percurso - Aproximação do resultado - Pena - Diminuição na fração máxima - Inadmissibilidade - Atenuante genérica - Teoria da coculpabilidade - Inaplicabilidade - Circunstâncias atenuantes - Confissão espontânea - Menoridade - Redução da pena aquém do mínimo legal - Impossibilidade

Ementa: Apelação criminal. Roubo. Materialidade e autoria incontroversas. Aplicação da atenuante genérica da coculpabilidade. Impossibilidade. Atenuante da confissão espontânea e da menoridade. Impossibilidade de redução das penas aquém do mínimo legal. Súmula nº 231 do STJ. Diminuição da pena na fração máxima pela tentativa. Inadmissibilidade. Recurso conhecido e desprovido.

- A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal, conforme iterativa jurisprudência dos tribunais superiores.

- É inviável a aplicação da teoria da coculpabilidade, visto não ser possível a responsabilização do Estado, ou mesmo da sociedade, pela criminalidade daqueles que, sem muitas oportunidades, optaram pela prática de crimes.

- Para a fixação do patamar da redução da pena em razão da tentativa, deve ser considerado o *iter criminis* percorrido pelo agente, hipótese em que, tendo sido percorrido grande parte dele, é de se manter o patamar de 1/2 (metade) adotado na sentença.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0016.10.001076-4/001 - Comarca de Alfenas - Apelante: Â.L.L. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de junho de 2011. - *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de apelação criminal interposta por A.L.L. contra a sentença de f. 85/92, por meio da qual a MM. Juíza de Direito da

1ª Vara Criminal da Comarca de Alfenas julgou procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o apelante como incurso no art. 157, *caput*, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e pagamento de multa de 5 (cinco) dias-multa, estabelecido o dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato.

Em suas razões recursais, às f. 125/145, pugna a defesa pela aplicação da teoria da coculpabilidade como atenuante genérica, nos termos do art. 66 do Código Penal e aplicação das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, afastando-se o enunciado da Sumula 231 do STJ e a repercussão geral do STF, aplicando-se a pena-base abaixo do mínimo legal. Pleiteia, também, a redução da pena em razão da tentativa no grau máximo.

O Ministério Público apresentou contrarrazões, às f. 146/150, pugnando pelo conhecimento e desprovimento do recurso, assim também o parecer de f. 159/170, da douta Procuradoria-Geral de Justiça.

O apelante foi intimado pessoalmente da sentença às f. 121/122.

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os seus requisitos de admissibilidade.

Não vislumbro nenhuma nulidade que vicie o feito ou qualquer outra questão que mereça apreciação de ofício, razão pela qual analiso, de imediato, o mérito recursal.

Narra a denúncia, em síntese, que, no dia 24 de janeiro de 2010, por volta das 9h15min, na Rua Cel. Pedro Corrêa, nº X, Centro, em Alfenas, o apelante tentou subtrair, para si, mediante violência, coisa alheia móvel da vítima G.A.F.

Segue narrando que o apelante abordou a vítima, anunciando-lhe o assalto, ordenando que ela entregasse tudo, jogou-a ao chão, momento em que rasgou o bolso da sua calça e subtraiu a carteira, empreendendo fuga. Mas, com medo de sofrer represálias das testemunhas presenciais, jogou a *res furtiva* no chão.

A materialidade e a autoria do delito são induvidosas, já que o apelante confessou a prática do delito e sua confissão foi corroborada pela prova testemunhal produzida, tanto que não constituem objeto do presente recurso.

A irresignação recursal cinge-se à pena aplicada, pretendendo o recorrente a aplicação da teoria da coculpabilidade como atenuante genérica, bem como a aplicação das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, fixando-se a pena abaixo do mínimo legal. Pleiteia, ainda, a redução da pena em razão da tentativa no grau máximo.

Referentemente ao reconhecimento da atenuante genérica da coculpabilidade não merece prosperar o recurso.

É que, no meu entendimento, não é possível a responsabilização do Estado, ou mesmo da sociedade, pela criminalidade daqueles que, sem muitas oportunidades, optaram pela prática de crimes.

Sobre o assunto, leciona Fernando Capez:

> [...] o) Princípio da co-culpabilidade ou co-responsabilidade: entende que a responsabilidade pela prática de uma infração penal deve ser compartilhada entre o infrator e a sociedade, quando essa não lhe tiver proporcionado oportunidades. Não foi adotado entre nós [...] (CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 25).

Nesse sentido, o seguinte julgado:

> Ementa: Roubo duplamente majorado [...] Atenuante inominada. Coculpabilidade. Penúria dos réus. Responsabilidade solidária do Estado. Inaplicabilidade. Vontade livre dos agentes. Exigibilidade de atuar de outro modo.
> [...]
> Fazendo os recorrentes do crime hábito de vida, não os socorre qualquer tentativa de atribuir a corresponsabilidade à sociedade, sendo descabido o pleito de verem atenuada a pena com base no art. 66 do Código Penal. Pagamento das custas processuais. Isenção. Súmula 58 do TJMG. O juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804, CPP), mas o pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei 1.060/50 (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0686.04.128725-7/001, Rel. Des. Judimar Biber, p. em 14.11.2008).

Logo, além de tal teoria não encontrar fundamento no nosso ordenamento jurídico, a sua admissão acarretaria um esvaziamento do Direito Penal, já que sempre seria possível responsabilizar o Estado por alguma omissão, atenuando a pena de quem comete um crime grave.

Quanto à redução das penas abaixo do mínimo legal em face do reconhecimento das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, melhor sorte não socorre o apelante.

Isto porque o reconhecimento de qualquer circunstância atenuante não tem o condão de conduzir a pena abaixo do mínimo legal.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci leciona que:

> [...]
> as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento e diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador. [...] (*Código Penal comentado*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 394).

No Superior Tribunal de Justiça, como se sabe, a questão está inclusive sumulada, dispondo a Súmula nº 231 daquele Sodalício, *in verbis*: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Essa também é a orientação emanada do Supremo Tribunal Federal:

> [...]
> 2. A pena-base foi aplicada em seu mínimo legal. É firme a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal. Precedentes. [...] (*HC* 99406, Relatora: Min.ª Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 24.08.2010, *DJe* 168, divulgado em 09.09.2010, p. em 10.09.2010, ementado no v. 02414-03, p. 00481, *LEXSTF* v. 32, n. 382, 2010, p. 373-380).

> [...]
> III - É firme a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal. IV - *Habeas corpus* não conhecido (*HC* 100371, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 27.04.2010, *DJe* 091, divulgado em 20.05.2010, p. em 21.05.2010, ementado no v. 02402-04, p. 00884).

Este colendo Tribunal também já se pronunciou sobre a matéria através da Súmula 42, aprovada à unanimidade pelo Grupo de Câmaras Criminais, se não vejamos:

"Súmula 42 - Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado".

Assim, acolho como razões de decidir os seguintes fundamentos do douto Procurador de Justiça, *in verbis*:

> [...] Desse modo, mostra-se incabível a tese da defesa, uma vez que o legislador, baseado num critério de política criminal e conjugando a necessidade de reprovação e de prevenção (geral e especial) do crime, estabeleceu os limites das reprimendas dispostas em cada tipo penal com o intuito de pautar a atividade do magistrado (Estado) e garantir segurança jurídica aos indivíduos. Assim, a aplicação de pena que extrapola esses limites legais é que fere os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade (f. 165/166).

Dessarte, não há que se falar em redução das penas, as quais foram estabelecidas já nos seus valores mínimos, não se podendo reduzi-las aquém de tais patamares em razão do reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade.

De igual forma, não merece guarida o pleito defensivo de aplicação da fração máxima de redução em decorrência da tentativa.

Com efeito, conforme entendimento consolidado na jurisprudência, o *quantum* de redução pela tentativa dever ser compatível com a parcela do *iter criminis* percorrido.

A propósito, já decidiu este Tribunal:

> Júri. Homicídio tentado. Redução da pena-base. Aumento do *quantum* de redução. Inadmissibilidade. - Na conformidade do previsto na Súmula 43 deste Tribunal, 'se o réu é primário e de bons antecedentes, a pena deve tender para o mínimo legal'. Entretanto, o *quantum* de redução da pena pela tentativa de homicídio se regula pelo *iter criminis* percorrido, isto é, quanto mais o réu se aproxima do resultado fatal, menor deve ser a redução. Recurso parcialmente provido. (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0344.01.002142-8/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, p. em 29.11.2007.)

> Apelação criminal - Tentativa de homicídio - Condenação - Pena - Aplicação da causa de diminuição em sua fração máxima - Impossibilidade - *Iter criminis* percorrido em grande parte - Modificação de regime prisional - Impossibilidade - Óbice legal - Art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP - Recurso não provido.
> - No delito tentado o *quantum* da redução da pena é revelado a partir do caminho percorrido pelo agente em direção à consumação da infração. Quanto mais próximo do deslinde da ação criminosa, menor será a fração de diminuição aplicada, sendo certo que qualquer que seja a fração incidente caberá ao magistrado primevo justificar fundamentadamente sua aplicação. Ficando constatado que o agente percorreu grande parte *do iter criminis*, correta a fração de 1/2 (metade) utilizada na decisão vergastada.
> - Inalterada a pena do sentenciado, impossível a modificação do regime prisional por expressa vedação legal, consoante disciplina a alínea *b*, do § 2º, ao art. 33 do CP (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0024.03.057785-2/001, Rel. Des. Fernando Starling, p. em 15.09.2009).

In casu, restou comprovado pelos depoimentos da vítima e das testemunhas, às f. 50/54, que o apelante percorreu grande parte do *iter criminis*, uma vez que ele agrediu a vítima, retirou a carteira do bolso desta e, ao perceber que o delito havia sido presenciado por testemunhas e temendo represálias por parte delas, resolveu jogar a carteira no chão e empreender fuga.

Dessa forma, deve ser mantida a redução da pena do crime de roubo no patamar de 1/2 (metade) pela tentativa, já que o percentual fixado foi aplicado de forma correta, guardando a devida proporção com o *iter criminis* percorrido.

Assim, considero a aplicação da reprimenda suficiente e necessária à reprovação e repreensão do delito, desmerecendo qualquer reparo.

Pelo exposto, nego provimento à apelação e mantenho, *in totum* a r. sentença.

Custas, como da sentença.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO MACHADO e JÚLIO CÉSAR LORENS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Tráfico de drogas - Crime permanente - Prisão em flagrante - Uso de algemas - Nulidade - Não ocorrência - Depoimento de policiais - Presunção de veracidade - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Condenação - Pena aplicada - Manutenção

Ementa: Apelação criminal. Tráfico de drogas. Nulidade. Uso de algemas. Fundamentado. Não acolhimento. Materialidade e autoria. Demonstradas. Presunção de veracidade dos depoimentos policiais. Princípio da insignificância. Não aplicado. Manter pena imposta.

- Estando devidamente justificado o uso de algemas, não há que se falar em nulidade do feito, pois, de acordo com a Súmula Vinculante n° 11 do Supremo Tribunal Federal, é lícita a sua utilização quando houver resistência à ordem de prisão ou houver fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física do agente ou alheia, por parte do preso ou de terceiros.

- Os depoimentos de policiais quando coerentes, firmes e consoantes com os demais elementos carreados aos autos são suficientes a embasar um decreto condenatório.

- O crime de tráfico de drogas é de caráter permanente, perpetuando-se no tempo. Trata-se, ainda, de figura típica de ação múltipla ou conteúdo variado, que criminaliza várias condutas em uma única espécie delitiva (adquirir, ter em depósito, guardar, transportar, oferecer, expor à venda, vender, entre outros), podendo o agente praticar um ou mais atos típicos para que incorra nas sanções penais cominadas.

- Tendo restado comprovados os fatos atribuídos ao réu, é de se manter a decisão condenatória.

- O princípio da insignificância não tem aplicabilidade nos delitos de tráfico de drogas.

- Se no cálculo da pena foram observados os preceitos dos arts. 59 e 68, ambos do CP, deve ser confirmada a pena fixada em primeira instância.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0621.10.002167-7/001 - Comarca de São Gotardo - Apelante: C.E.A.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Rubens Gabriel Soares, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de abril de 2011. - *Evandro Lopes da Costa Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - Por força da sentença de f. 198/203, C.E.A.S. foi condenado como incurso nas sanções do art. 33 da Lei nº 11.343/06 c/c art. 61 do CP à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 600 dias-multa, no valor mínimo unitário.

A defesa interpôs apelação às f. 210/256, requerendo, em preliminar, a nulidade do feito, tendo em vista que o réu permaneceu algemado durante o APFD sem justificativa plausível, em desrespeito à Súmula Vinculante nº 11 do STF. Destacou que as provas são insuficientes para a condenação do apelante por tráfico de drogas. Mencionou que o acusado fugiu, pois não possuía CNH. Ressaltou que existem contradições nos depoimentos dos autos e que não foi precisada a quantidade de droga apreendida. Salientou que, se o acusado tivesse em seu poder entorpecente, poderia tê-lo dispensado durante a perseguição policial. Enfatizou a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* e da insignificância, este em decorrência da quantidade de droga apreendida. Pleiteou o acolhimento da preliminar ou a absolvição do apelante.

As contrarrazões foram apresentadas às f. 258/261, pleiteando o desprovimento do apelo.

O Procurador de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (f. 278/282).

Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade.

Narra a denúncia que, no dia 26 de junho de 2010, o apelante trazia consigo, com intuito comercial, drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Apurou-se que o acusado conduzia o veículo VW Gol, de placa CQX-0848, quando foi interceptado por policiais militares e por agentes do DER que faziam *blitz* de trânsito na Rodovia MG 235.

Na oportunidade, o apelante desobedeceu à ordem de parada dada por um dos agentes de trânsito do DER, evadindo-se do local em alta velocidade, o que desencadeou perseguição da PM, tendo os milicianos, algum tempo depois, logrado êxito em alcançar e abordar o veículo conduzido pelo acusado.

Ao efetuarem buscas pessoais nos ocupantes do veículo, os policiais apreenderam em poder do apelante 8,76g de cocaína, R$202,00, 01 aparelho celular, de marca FY, modelo E 85.

Inicialmente, não merece prosperar a preliminar de nulidade do feito, por ter o réu permanecido algemado durante o APFD, em desrespeito à Súmula Vinculante nº 11 do STF.

Isso porque, como bem asseverou o Juiz *a quo* (f. 198), a utilização das algemas se fez necessária em virtude do comportamento do apelante, que reagiu agressivamente à ação da Polícia.

Nesse aspecto, compete anotar que, segundo o policial João Batista Meneses (f. 12), o apelante foi algemado, pois se mostrou resistente, não permitindo que os policiais efetuassem a busca pessoal.

Salienta-se que tal informação foi ratificada pelos militares em juízo, às f. 134 e 135.

A propósito, destacam-se as seguintes passagens:

> [...] que foi o depoente quem realizou a busca pessoal em C.E.A.S., que ao tentar realizar a busca no mesmo, este mostrou-se resistente, não permitindo a busca inicialmente, ocasião em que o depoente algemou C. e após realizou busca pessoal pelo seu corpo e suas vestes [...] (f. 12) sic.
> [...] Os conduzidos foram informados de seus direitos e para a segurança dos militares foi feito o uso de algemas (BO - f. 26) *sic*.
> [...] que o acusado foi algemado por razões de segurança, vez que somente dois policias iriam fazer a condução do mesmo até a Depol e ele já havia desrespeitado a ordem de parada dos policias naquele mesmo dia [...] (f. 133-v.) *sic*.
> [...] que, então, os policias mandaram o acusado colocar as mãos na cabeça e virar de costas e ele não obedeceu; que em razão da resistência do acusado em deixar ocorrer a busca e também porque havia mandado de prisão contra a sua pessoa é que foi algemado [...] (f. 135) *sic*.

Não fosse isso, vale lembrar que o apelante empreendeu fuga quando abordado pela Polícia na Rodovia MG 235, fato este que, além de incitar a perseguição, demonstra a não colaboração do réu às investidas da PM.

Desse modo, entendo que não houve qualquer irregularidade ou ilegalidade quanto ao uso de algemas, porquanto plenamente justificada na manifesta resistência apresentada pelo apelante em relação às ordens das autoridades policiais, consoante já sustentado.

Sobre o tema, ressaltem-se os seguintes entendimentos do STJ e do TJMG:

> *Habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado a homicídio qualificado praticado para implementação do tráfico de drogas no local do fato. Inviabilidade da pretensão de declaração da nulidade da audiência de apresentação em razão do uso de algemas pelo menor. Inexistência de ofensa à Súmula Vinculante nº 11 do STF. Fundamentação suficiente. Alta periculosidade do representado. Parecer ministerial pela denegação da ordem. Ordem denegada.
> A excepcionalidade do uso de algemas, consignada principalmente na Súmula Vinculante nº 11 do STF - que dispõe que só é lícito o uso de algemas em casos 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 - não obsta o seu emprego se demonstrada, por decisão fundamentada, a necessidade de serem precavidos os riscos antevistos no próprio enunciado sumular. [...] (STJ. *HC* 140982/RJ. Relator(a) Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (1133). Órgão Julgador T5 - Quinta Turma. *DJe* de 22.02.2010).

> Ementa: *Habeas corpus* - Prisão em flagrante - Tráfico ilícito de entorpecentes - Uso de algemas devidamente justificado - Liberdade provisória - Condições pessoais - Inadmissibilidade - Garantia da ordem pública. 1. Tendo sido devidamente justificado o uso de algemas no conduzido, não há que se falar em relaxamento da prisão em flagrante do mesmo, pois, de acordo com a Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, é lícito seu uso quando houver resistência à ordem de prisão ou houver fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física do agente ou alheia, por parte do preso ou de terceiros. 2. Tendo o paciente sido preso em flagrante regular por suposta prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, não se vislumbrando qualquer ilegalidade na decisão que, fundamentadamente, indeferiu o pedido de liberdade provisória, estando presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, impõe-se a manutenção da custódia cautelar, pois condições pessoais favoráveis, por si sós, não bastam para elidir o édito cautelar quando sua necessidade se mostrar patente. 3. Ordem denegada. (TJMG. *Habeas Corpus* nº 1.0000.10.003556-7/000, Relator do acórdão: Des. Antônio Armando dos Anjos, p. em 30.04.2010.)

A materialidade e a autoria em relação ao crime de tráfico de drogas encontram-se comprovadas através do APFD (f. 09/14), do BO (f. 20/26), do auto de apreensão (f. 38), dos laudos (f. 16 e 87), bem como pelas declarações e depoimentos dos autos.

Em que pese o réu ter negado a prática da conduta delitiva, a autoria do delito de tráfico de drogas encontra-se comprovada através dos depoimentos abaixo transcritos:

> [...] que durante a busca verificou-se que o acusado estava com pedras de *crack* no bolso [...] (depoimento do policial Tarcísio de Paulo Rosa à f. 133)
> [...] que o depoente procedeu busca no acusado e encontrou em um de seus bolsos a droga apreendida [...] que o acusado é conhecido no meio policial como traficante de drogas [...] (depoimento do policial João B. Meneses à f. 134).

Como se sabe "os depoimentos de policiais quando coerentes, firmes e consonantes com os demais elementos carreados aos autos são suficientes a embasar um decreto condenatório" (TJSC, *JCAT* 80/588, anotado por Júlio Fabbrini Mirabete in *CPC interpretado*, Atlas, 8. ed., p. 481).

Sobre o tema, tem-se manifestado o STF:

> *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Nulidade da sentença condenatória. Insuficiência das provas de acusação. Depoimentos prestados em juízo por autoridades policiais. Validade.

> É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações [...] Ordem denegada. (STF - *HC* 87.662-PE - 1ª T. - Rel. Min. Carlos Britto - *DJU de* 16.02.2007 - p. 48).

Portanto, diante do conjunto probatório produzido na fase de inquérito e na instrução, enquadrada está a conduta do apelante no crime de tráfico de entorpecentes.

Nesse campo, destaca-se que o crime de tráfico de drogas é de caráter permanente, perpetuando-se no tempo. Trata-se ainda de figura típica de ação múltipla ou conteúdo variado, que criminaliza várias condutas em uma única espécie delitiva (adquirir, ter em depósito, guardar, transportar, oferecer, expor à venda, vender, entre outros), podendo o agente praticar um ou mais atos típicos para que incorra nas sanções penais cominadas.

Por outro lado, não merece guarida a alegação de que não foi precisada a quantidade de droga apreendida, pois a divergência em relação ao *quantum* de entorpecente em nada muda o fato de a droga, com destinação comercial, ter sido apreendida na posse do apelante.

Além disso, conforme esclarecido pelos policiais às f. 134/134-v., a diferença de peso ocorreu, pois a PM não dispunha de balança de precisão na hora da apreensão, tendo sido utilizada uma balança comum.

Não obstante a isso, enfatiza-se que a quantidade aferida no laudo toxicológico definitivo (7,94g) é suficiente para comprovar a materialidade do delito.

Em relação ao pedido de aplicação do princípio da insignificância, sem razão o apelante, porquanto o delito de tráfico de drogas traz consigo uma intensa carga de reprovabilidade social, sobretudo por se tratar de um crime de consequências gravíssimas, que provoca a ruína física e patrimonial de inúmeras pessoas, servindo, ainda, como meio propulsor de outros graves delitos. Trata-se, portanto, de um delito de perigo presumido ou abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida, bem como as condições pessoais do acusado.

Nesse sentido:

> Ementa: *Habeas corpus*. Constitucional. Penal Militar e Processual Penal Militar. Porte de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (art. 290 do CPM). Não aplicação do princípio da insignificância aos crimes relacionados a entorpecentes. Precedentes. Inconstitucionalidade e revogação tácita do art. 290 do Código Penal Militar. Não-ocorrência. Precedentes. *Habeas corpus* denegado. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado. 2. Não há relevância na arguição de inconstitucionalidade considerando o princípio da especialidade, aplicável, no caso, diante da jurisprudência da Corte. 3. Não houve revogação tácita do art. 290 do Código Penal Militar pela Lei nº 11.343/06, que estabeleceu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, bem como normas de prevenção ao consumo e repressão à produção e ao tráfico de entorpecentes, com destaque para o art. 28, que afasta a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário. Aplica-se à espécie o princípio da especialidade, não havendo razão para se cogitar de retroatividade da lei penal mais benéfica. 4. *Habeas corpus* denegado e liminar cassada. (STF. *HC* 91759/MG - Minas Gerais. Relator: Min. Menezes Direito. Órgão Julgador: Primeira Turma, p. em 30.11.2007.)

> No delito de tráfico ilícito de substância entorpecente não cabe a aplicação do princípio da insignificância em face da quantidade de droga apreendida. Precedentes do STJ (STJ. *HC* 81590/BA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, *DJe* de 03.11.2008).

> Ementa: Apelação criminal. Tráfico de entorpecentes. Materialidade e autoria comprovadas. Confissão isolada de adolescente. Absolvição. Impossibilidade. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Condenação mantida. - O fato de o réu não estar praticando venda ou qualquer outra modalidade de difusão no momento da prisão não o impede de responder pela figura do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, porquanto, para a configuração do crime de tráfico, não é necessário que o agente efetue a venda da droga, bastando que a possua, guarde ou tenha em depósito. - Não há que se falar na incidência do princípio *in dubio pro reo* quando o Ministério Público produz um conjunto de provas e indícios harmônicos que permitem concluir que o denunciado era o proprietário das substâncias entorpecentes apreendidas, e este, por sua vez, apresenta álibi que foi desconstituído pelas testemunhas. - A mera confissão isolada de um menor, como qualquer outra prova, não pode assumir caráter absoluto, nem para sua própria condenação, nem para a absolvição do denunciado maior de idade, porque a experiência revela que, em muitos casos, a assunção da culpa pelo adolescente não passa de simples orquestração para manter a impunidade do verdadeiro autor do crime. Inteligência da Súmula 342 do STJ. - O princípio da insignificância não tem aplicabilidade nos delitos de tráfico de drogas. Precedentes do STJ e TJMG. (TJMG. Apelação Criminal nº 1.0058.08.032992-1/001. Relator do acórdão: Des. Renato Martins Jacob. Data do julgamento: 10.09.2009. Data da publicação: 24.09.2009.)

Assim, a meu ver, as provas mostram-se suficientes para ensejar a condenação do apelante pelo tráfico ilícito de entorpecentes, devendo, pois, ser mantida a sentença.

A pena aplicada não merece qualquer reparo, porquanto o Juiz *a quo* observou, em decisão fundamentada, os preceitos dos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal, levando em consideração, ainda, a incidência da agravante da reincidência.

Posto isso, nego provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a r. sentença.

Custas, pelo apelante.

DES. FURTADO DE MENDONÇA - Acompanho o voto do em. Des. Relator para negar provimento ao recurso, fazendo pequena ressalva quanto à aplicação do princípio da insignificância, pois, em que pese encontrar guarida na jurisprudência dos Tribunais Superiores como causa supralegal de exclusão de tipicidade, tenho entendido que tal instituto não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Por certo, a sensação de impunidade gerada pela aplicação de tal princípio, incutiria na sociedade grave sentimento de insegurança, servindo de estímulo à reiteração de crimes.

Na verdade, o aludido princípio já é sopesado pelo Poder Legislativo quando da seleção das condutas merecedoras de sanção penal, pelo que, aplicá-lo, constituiria verdadeira lesão aos princípios da independência dos Poderes e reserva legal. Nesse norte é o escólio de Cezar Roberto Bitencourt:

> [...] a seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção constituem função do Poder Legislativo, sendo vedada aos intérpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele Poder Institucional. Agir diferentemente constituirá violação dos sagrados princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes. O fato de determinada conduta tipificar uma infração penal de menor potencial ofensivo não quer dizer que tal conduta configure, por si só, o princípio da insignificância. [...] Os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e as sanções correspondentes já foram valoradas pelo legislador. As ações que lesarem tais bens, embora menos importantes se comparados a outros bens como a vida e a liberdade sexual, são social e penalmente relevantes [...]. (BITENCOURT, César Roberto. *Manual de direito penal*. Parte geral. Ed. Saraiva, v. 1, p. 19).

Ainda nesse sentido, a jurisprudência:

> Penal. Furto qualificado. Princípio da insignificância. Falta de previsão legal. Valor bem superior ao salário mínimo vigente à época dos fatos. Inadmissibilidade. Substituição da pena corporal por não pecuniária. Impossibilidade. Isenção de custas devida. Réu defendido por defensor público. Recurso parcialmente provido. - Não cabe ao Poder Judiciário a aplicação do princípio da insignificância, porquanto constitui função do Poder Legislativo selecionar os critérios da tutela penal dos bens jurídicos, ainda mais em se considerando que o valor da *res furtiva* é bem superior ao do salário mínimo vigente à época (R$ 240,00). Inviável a substituição da pena restritiva de direitos fixada na sentença primeva, quando esta se mostra de acordo com as necessidades de prevenção e repressão à prática de crimes. - Demonstrando o apelante insuficiência de recursos, representado por defensor público, caracterizada está a hipossuficiência que justifica a isenção das custas processuais (Apelação Criminal 1.0518.05.084771-5/001. Relator Des. Pedro Vergara, p. em 1º.03.2010).

Com essa pequena ressalva, acompanho o brilhante voto do em. Des. Relator.

DES. CATTA PRETA - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Prisão preventiva - Roubo majorado - Concurso de pessoas - Emprego de arma de fogo - Grave ameaça - Circunstâncias do crime - Periculosidade do agente - Garantia da ordem pública - Conveniência da instrução criminal - Liberdade provisória - Impossibilidade - Primariedade - Bons antecedentes - Residência fixa - Circunstâncias pessoais favoráveis - Irrelevância - *Habeas corpus* - Denegação da ordem

Ementa: Roubo. Prisão preventiva decretada. Ausência de fundamentação da decisão. Concurso de pessoas. Grave ameaça. Ordem denegada.

- A periculosidade do agente, desde que aferida a partir das circunstâncias em que o crime foi cometido, é suficiente para fundamentar o decreto de prisão preventiva.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.11.025171-7/000 - Comarca de Belo Horizonte - Paciente: L.F.P. - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte - Relator: DES. REINALDO PORTANOVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Judimar Biber, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DENEGAR O *HABEAS CORPUS*.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2011. - Reinaldo Portanova - Relator.

Notas taquigráficas

DES. REINALDO PORTANOVA - Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Carlos Antônio Pimenta OAB/MG 62.112 em favor do paciente L.F.P.

Alega o paciente que, embora tenha sido preso em flagrante delito pela suposta prática do crime previsto no

art. 157, *caput*, do Código Penal, faz jus à liberdade provisória, já que inexistem os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal ensejadores da prisão preventiva.

Afirma que o paciente é primário e de bons antecedentes, tem residência e emprego fixos, sendo a prisão cautelar medida excepcional que se contrapõe ao direito fundamental à liberdade.

Informa que inexistem nos autos os requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva.

A liminar foi indeferida às f. 78/79.

Informações prestadas às f. 99/102.

O representante do Ministério Público às f.104/107opinou pela denegação da ordem.

É o breve relato, decido.

Ao contrário do que foi alegado, verifica-se dos autos que a decisão do Juiz de 1ª instância que decretou a prisão preventiva está devidamente amparada nos fundamentos de manutenção da ordem pública e conveniência da instrução penal, conforme demonstrado às f. 30/32

Isso porque o crime foi praticado com exercício de grave ameaça, com uso de arma de fogo e em prévio ajuste com outro agente.

Conforme salientou a vítima:

> [...] que os dois indivíduos que ficaram no banco de trás ficavam gritando a todo o momento que iriam matar o filho da declarante [...] que a todo tempo L. apontava um revolver para a cabeça da declarante e a ameaçava de morte [...].

Pela leitura da transcrição acima é possível verificar o alto grau de periculosidade do paciente, uma vez que fez mãe e filho, portador de necessidades especiais, reféns e ameaçou, durante todo o assalto, matar o filho, se a mãe não colaborasse.

Assim, a periculosidade do agente, desde que aferida a partir das circunstâncias em que o crime foi cometido, é suficiente para fundamentar o decreto de prisão preventiva. (STF, *HC* 95.685/SP, 2ª T., Rel.ª Ellen Gracie, j. em 16.12.2008, *DJ* de 6.3.2009).

Quanto às circunstâncias pessoais do agente, por mais que sejam favoráveis, não constituem, por si só, razão suficiente a fim de ensejar a liberdade provisória.

Em caso análogo assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

> *Habeas corpus* liberatório. Roubo circunstanciado. Negativa de autoria. Matéria que exige imersão no contexto fático-probatório. Impropriedade do *writ*. Prisão preventiva fundada na necessidade de garantia da ordem pública. *Modus operandi*. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Parecer do MPF pela denegação do *writ*. Ordem denegada.
> 1. A ação de *habeas corpus* não é adequada para examinar alegações que demandem dilação probatória ou que se apresentem essencialmente controvertidas, como a tese de negativa de autoria, em razão da natureza célere do *writ*, que pressupõe prova pré-constituída do direito alegado.
> 2. A real periculosidade do réu, evidenciada no *modus operandi* (a forma com que obtinha informações sobre as vítimas, uma vez que era influente no meio social e tinha acesso às residências e pessoas do meio, e conduzia os outros denunciados para que efetuassem os roubos), constitui motivação idônea e suficiente à manutenção da segregação provisória, como forma de garantir a conveniência da instrução criminal. Precedentes do STF e do STJ.
> 3. A preservação da ordem pública não se restringe apenas às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinqüência.
> 4. Eventuais condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção, como se verifica no caso em tela. Precedente do STF.
> 5. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (*HC* 122392/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 03.08.2009).

A liberdade do paciente representa risco para a ordem pública uma vez que ordem pública, enfim, é a paz, a tranqüilidade no meio social.

No caso em questão, devido às circunstâncias em que o crime ocorreu, vislumbra-se a necessidade da prisão preventiva, fundada na garantia de ordem pública.

Assim, observa-se que não há que se falar em ilegalidade por ausência de requisitos relativos à prisão preventiva, pois os mesmos estão suficientemente demonstrados.

Diante do exposto, denego a ordem impetrada.

Este é o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDIWAL JOSÉ DE MORAIS e JUDIMAR BIBER.

Súmula - HABEAS CORPUS DENEGADO.

...

Pena restritiva de direitos - Conversão em pena privativa de liberdade - Ausência de intimação da defesa para justificação - Violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa - Constrangimento ilegal - *Habeas corpus* - Concessão em parte

Ementa: *Habeas corpus*. Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Nulidade da decisão. Ausência de intimação da defesa para justificação. Violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida em parte.

- A conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, sem a intimação prévia da defesa para justificação, acarreta a nulidade da decisão, por violação às garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Habeas corpus concedido em parte.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.11.030015-9/000 - Comarca de Caratinga - Paciente: A.E.A.C. - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, de Execuções Penais e de Cartas Precatórias Criminais da Comarca de Caratinga - Relator: DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Duarte de Paula, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER EM PARTE A ORDEM.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2011. - *Agostinho Gomes de Azevedo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de A.E.A.C., condenado a 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de detenção, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, e ainda, a 6 (seis) meses de suspensão/proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, pela prática do crime previsto no art. 302, *caput*, da Lei 9.503/97, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, de Execuções Criminais e de Cartas Precatórias Criminais da Comarca de Caratinga.

Informou que a pena restritiva aplicada foi convertida em pena privativa de liberdade, uma vez que o réu, por se encontrar em local incerto e não sabido, não compareceu às audiências admonitórias designadas.

Afirmou que, em que pese estivesse o paciente em local incerto e não sabido, não houve a nomeação de defensor para as audiências admonitórias, conforme dispõe o art. 564, inciso III, alínea *c*, do Código de Processo Penal, afrontando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Dessa forma, arguiu preliminar de nulidade por falta de nomeação de defensor dativo ou público ao paciente, pleiteando a anulação de todo o processo a partir da primeira audiência admonitória.

Arguiu, de igual sorte, nulidade por falta de intimação do defensor, pois também houve outro vício processual na decisão que converteu a pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, uma vez que o defensor do paciente não foi intimado para a audiência admonitória, bem como da decisão proferida na referida audiência, ferindo o disposto no art. 370, §§ 1º e 4º, do Código de Processo Penal.

Eventualmente, caso não seja acolhida nenhuma das preliminares suscitadas, requereu a restauração da pena restritiva de direitos, já que não houve falta grave nem obstáculos justificáveis para a conversão, ressaltando que a pena não tem somente caráter de punição, mas também de ressocialização, a fim de que o condenado tenha condições psíquicas, físicas e profissionais de retornar ao meio social.

Pleiteou, ainda, em caso de entendimento diverso, que o paciente seja imediatamente colocado no regime de cumprimento de pena que lhe fora imposto, qual seja o regime aberto, uma vez que ele vem cumprindo a pena em regime fechado, no Presídio de Caratinga.

Asseverou que

> fazer o paciente cumprir a pena em regime de severidade maior que a adequada, caracteriza flagrante ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena e desrespeito à sua integridade física e moral, devendo ser imediatamente promovido para o estágio mais benéfico, sendo este inclusive o regime ao qual fora condenado (f. 09).

Acrescentou que o paciente possui residência fixa e ocupação lícita.

Por fim, requereu o deferimento da liminar e, ao final, a concessão definitiva da ordem, com a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

Juntou os documentos de f. 12/78.

A liminar foi por mim indeferida às f. 83/85.

Requisitadas as informações à autoridade impetrada, foram elas prestadas às f. 91/92, acompanhadas dos documentos de f. 93/117.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 119/122, opinou pela concessão parcial da ordem, encaminhando-se o paciente à casa de albergado da Comarca de Caratinga, para o cumprimento da pena em estabelecimento adequado ao regime prisional aberto.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da impetração.

De fato, impõe-se a concessão parcial do *writ*, mas por fundamento diverso dos alegados pela defesa.

Primeiramente, vale ressaltar que não há falar em nulidade das audiências admonitórias realizadas sem a intimação prévia da defesa, ou mesmo sem que fosse nomeado ao paciente defensor *ad hoc*, até porque, em verdade, conforme consta dos termos de audiência de

f. 44 e 49, tais audiências não chegaram a se realizar, diante da ausência do sentenciado, de modo que não vislumbro, *in casu*, a ocorrência de prejuízo para a defesa.

Contudo, o presente feito encontra-se eivado de nulidade insanável.

Isso porque, conquanto tenham sido esgotados todos os meios para a intimação do paciente para a audiência admonitória, vindo ele a ser intimado por edital (f. 48), em conformidade com o disposto no art. 181, § 1º, *a*, da LEP, certo é que a defesa não foi intimada para se manifestar sobre o pedido do Ministério Público de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (f. 49-v.) e que culminou com a decisão de f. 50, em que foi o pleito ministerial acolhido, determinando-se a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente.

Ora, a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, sem a prévia intimação da defesa, acarreta, por óbvio, a nulidade da respectiva decisão, havendo inegável violação às garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Não se concebe que o juiz, ao tomar medida tão gravosa e prejudicial ao sentenciado, não ouça antes o seu defensor, para que este possa justificar o descumprimento das penas restritivas impostas ao condenado ou, ao menos, como na hipótese dos autos, informar sobre o seu paradeiro.

Outro não é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Execução penal. *Habeas corpus*. Furto simples tentado. Intimação. Início de cumprimento de pena. Não localização do paciente. Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Ausência de intimação da defesa para justificação. Violação à ampla defesa. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.
> 1. 'A conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade substituída, sem a oitiva do condenado, infringe o seu direito de defesa e de contraditório' (*HC* 31.682/RJ).
> 2. Ordem concedida para que, cassando o aresto impugnado, seja determinada a intimação da defesa, nos termos dos arts. 194/196 da LEP. (STJ, *HC* 97790/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 06.10.2009, p. no *DJe* em 03.11.2009.)

Este egrégio Tribunal de Justiça também assim já se manifestou:

> Execução. Descumprimento da prestação pecuniária. Conversão da pena restritiva de direito para a pena privativa de liberdade. Ausência de oitiva do recuperando e do seu defensor. Cerceamento de defesa. Nulidade da decisão. - Se o condenado teve sua pena restritiva de direito convertida para pena privativa de liberdade ao fundamento de que descumpriu a reprimenda de prestação pecuniária, a decisão encontra-se eivada de mácula insanável consistente na ocorrência de cerceamento de defesa pela ausência de oitiva prévia do recuperando e de seu defensor (TJMG, Agravo em Execução nº 1.0000.07.457363-5/001, Rel. Des. Vieira de Brito, j. em 06.04.2010, p. em 19.04.2010).

Importa frisar que a via eleita é apta a reparar o constrangimento ilegal detectado, *in casu*, uma vez que prescinde da análise de quaisquer requisitos que demandem dilação probatória, o que seria incompatível com a estreita via do *habeas corpus*.

Aliás, a jurisprudência tem admitido, de maneira cada vez mais ampla, a impetração do *writ* como substitutivo recursal, quando possível ser aferido de plano, sem a necessidade de discussão de matéria fático-probatória, o alegado constrangimento ilegal.

Quanto aos demais pedidos, consistentes na restauração da pena restritiva de direitos e na transferência do paciente para casa de albergado da Comarca de Caratinga, restam prejudicados em face desta decisão.

Com essas considerações, concedo a ordem, em parte, para cassar a decisão que deferiu a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, devendo o Magistrado *a quo* proferir outra, após a prévia intimação da defesa. Em consequência, determino a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por al não estiver preso.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DUARTE DE PAULA e HÉLCIO VALENTIM.

Súmula - CONCEDERAM EM PARTE A ORDEM.

...

Uso de entorpecentes - Citação por edital - Não comparecimento do réu - Ausência de constituição de advogado - Nomeação de defensor público - Prosseguimento do processo criminal - Cerceamento de defesa - Nulidade - Inteligência do art. 366 do Código de Processo Penal com a nova redação dada pela Lei 9.271/96

Ementa: Apelação criminal. Uso de substância entorpecente. Nomeação de defensor público ao acusado que, citado por edital, não compareceu nem constituiu advogado. Descabimento. Caso de sobrestamento do feito e do prazo prescricional. Inteligência do art. 366 do CPP. Nulidade do feito decretada.

- Antes do advento da Lei 9.271/96, decretava-se a revelia do réu que, citado por edital, deixasse de comparecer sem motivo justificado. Porém, com a nova redação do art. 366 do CPP, não é mais cabível a decretação da revelia, sendo o caso de determinar-se o sobrestamento do feito e do prazo prescricional.

- A nomeação de defensor público ao réu que, citado por edital, não compareceu nem constituiu advogado, implica flagrante cerceamento de defesa, impondo-se a decretação da nulidade do feito.

Preliminar acolhida.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0287.08.037138-1/001 - Comarca de Guaxupé - Apelante: H.G.P.F. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. DOORGAL ANDRADA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Delmival de Almeida Campos, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM ACOLHER A PRELIMINAR PARA DECLARAR A NULIDADE DO FEITO DESDE O DESPACHO DE FOLHAS 64.

Belo Horizonte, 4 de maio de 2011. - *Doorgal Andrada* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOORGAL ANDRADA - Trata-se de apelação criminal interposta por H.G.P.F., em face da r. sentença de f. 84/85, que o condenou pela prática do delito de uso de substância entorpecente, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, à pena de advertência.

Razões recursais apresentadas pela Defensoria Pública (f. 99/110), pedindo pela nulidade do feito, ao argumento de que, não tendo vindo aos autos o acusado nem seu defensor constituído, deveria ter ocorrido a suspensão do feito, e não a nomeação do defensor público, devendo ser renovada a vista ao acusado para apresentar defesa inicial. No mérito, requer seja decretada a absolvição, ao argumento de que não houve infração ao bem juridicamente tutelado, qual seja a incolumidade pública. Alternativamente, pede pela absolvição em razão do princípio da insignificância. Por fim, pede pela isenção das custas processuais.

Contrarrazões às f. 113/117, pugnando o Ministério Público pelo acolhimento da preliminar, anulando a sentença para que seja aplicada a regra do art. 366 do CPP. Parecer da douta Procuradoria de Justiça às f. 125/131, manifestando-se pelo acolhimento da preliminar arguida e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

I - Questão preliminar: nulidade do feito por cerceamento de defesa.

Merece acolhida a preliminar de nulidade do processo.

Registre-se, de início, que a citação por edital do acusado ocorreu após a entrada em vigor da Lei nº 9.271, de 17.04.1996, que deu nova redação ao art. 366 do CPP, cuja transcrição é oportuna:

> Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Portanto, o rito a ser seguido é aquele previsto na nova redação do art. 366 do CPP.

In casu, verifica-se dos autos que, após a citação editalícia do acusado, este não compareceu nem constituiu advogado. Ato contínuo, diante da omissão do réu, o Juízo nomeou defensor público para promover a defesa do acusado.

Data venia, tenho que tal diligência implicou flagrante cerceamento de defesa ao acusado, uma vez que não se pode impor ao réu citado apenas por edital um defensor não constituído, bem como por não se permitir a tramitação de um processo criminal que ele nem sabe existir.

A nomeação de defensor, nessa fase processual, somente é impositiva após a citação pessoal do acusado.

Nesse sentido, os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

> Suspensão do processo: trata-se de antiga reivindicação da doutrina - atendida pela Lei 9.271/96, modificando o art. 366 - que o réu não fosse processado até o final, quando citado fictamente, sendo julgado e condenado, possibilitando o trânsito em julgado da decisão.
> [...]
> Além disso, não haveria possibilidade de se consagrar, com efetividade, a ampla defesa e o contraditório, já que um defensor, desconhecido do réu, seria incumbido da sua defesa. Por tudo isso, determina-se que o réu, citado por edital, não seja processado sem se ter a certeza de sua ciência a respeito da existência da ação penal. Suspende-se o curso do processo até ser encontrado. O mal da prescrição poderia dar-se, mas o próprio artigo prevê a suspensão do lapso prescricional. Em tese, pois, dano algum há (*Código de Processo Penal comentado*. Ed. RT, 2008, p. 662/663).

Registre-se que, antes do advento da Lei 9.271/96, decretava-se a revelia do réu que, citado por edital, deixasse de comparecer sem motivo justificado. Porém, com a nova redação do art. 366 do CPP, não é mais cabível a decretação da revelia, sendo o caso de se determinar o sobrestamento do feito e do prazo prescricional.

Nesse sentido, os seguintes arestos deste Tribunal de Justiça:

Apelação. Atentado violento ao pudor. Nulidade do processo. Réu citado por edital. Prosseguimento da ação penal sem suspensão do processo e do prazo prescricional. Afronta ao art. 366 do Código de Processo Penal. Nulidade absoluta (Apelação Criminal nº 1.0283.05.000595-0/001, Rel. Des. Paulo Cezar Dias, *DJ* de 20.06.07).

Processo penal. Citação. Expedição de edital sem a procura pessoal do réu. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 361 do CPP. Revelia. Decretação. Prosseguimento do processo. Impossibilidade. Cabimento da suspensão do feito e do prazo prescrional. Art. 366, CPP. Cerceamento de defesa. Nulidade - Decretação. [...] - Ao réu, citado por edital, não caberá mais a pena de revelia. De acordo com a Lei 9.271/96, que reformulou o art. 366 do CPP, feita a citação por edital, pode o acusado adotar duas posturas negativas: a) não comparecer em juízo e b) não constituir advogado para defendê-lo. Assumindo uma e outra dessas atitudes, o processo ficará, então, suspenso (Apelação Criminal nº 1.0598.04.001260-4/001, Rel.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caíres, *DJ* de 28.04.07).

Portanto, diante do não comparecimento do acusado, citado por edital, deveria o MM. Juiz singular ter decretado a suspensão do feito, impedindo a tramitação de um processo criminal sem a ciência do réu.

A nomeação de defensor público nessas circunstâncias acarretou cerceamento de defesa, impondo-se a decretação da nulidade do feito desde o despacho de f. 64.

Em face do exposto, acolho a preliminar aventada, para decretar a nulidade do feito desde o despacho de f. 64, devendo os autos retornar à origem para prosseguimento.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores HERBERT CARNEIRO e DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS.

Súmula - ACOLHIDA A PRELIMINAR PARA DECLARAR A NULIDADE DO FEITO DESDE O DESPACHO DE FOLHAS 64.

...

Furto simples - Crime de bagatela - Princípio da insignificância - Atipicidade - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Furto simples. Princípio da insignificância. Ausência de tipicidade material. Fato atípico. Absolvição mantida.

- O mínimo valor do resultado obtido autoriza o magistrado a absolver o réu quando a conduta do agente não gerou prejuízo considerável para o lesado, nem foi cometida com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. É que o direito penal, por sua natureza fragmentária, só deve atuar onde necessário à proteção do bem jurídico tutelado pela norma, não devendo ocupar-se de bagatelas.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0382.06.060119-4/001 - Comarca de Lavras - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: A.R.T.A. - Relator: DES. FORTUNA GRION

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Antônio Carlos Cruvinel, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2011. - *Fortuna Grion* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FORTUNA GRION - O Ministério Público denunciou A.R.T.A., já qualificado nos autos, como incurso nas iras do art. 155, *caput*, c/c o art. 14, II, do CP, isso porque teria ele, no dia 29 de novembro de 2005, por volta de 6 horas, no interior de um galpão localizado na Rua 14 de agosto, nº 296, Centro, em Lavras/MG, tentado subtrair uma grade de ferro de propriedade de Aluísio Alves de Paula, não se consumando o ilícito por circunstâncias alheias à vontade do agente, em face da intervenção dos vizinhos da vítima.

Após a instrução probatória, foi o réu absolvido da imputação de furto tentado que lhe fora feita na denúncia por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do CP.

Inconformado, recorreu o Ministério Público, buscando, em razões de f. 78/81, a condenação do acusado como incurso nas iras do art. 155, § 4º, II, c/c o art. 14, II, do CP.

Em contrarrazões de f. 95/98, a defesa manifestou-se pelo desprovimento do recurso, bem como pela manutenção da sentença.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 107/109, opinou pelo desprovimento do apelo.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Ante a ausência de preliminares, passo à análise do mérito.

Busca o Ministério Público a condenação do acusado como incurso nas iras do art. 155, § 4º, II, do CP. Para tanto sustenta que, não obstante seja ínfimo o valor

da *res*, a existência da qualificadora da escalada afasta a aplicação do princípio da insignificância.

Todavia, não comungo desse entendimento.

A materialidade encontra-se positivada pelo auto de apreensão de uma grade de ferro (f. 11) e pelo termo de restituição da *res* à vítima.

A autoria restou incontroversa, conforme se depreende do depoimento do réu e das testemunhas, em ambas as fases processuais.

Vejamos:

O acusado, nas duas oportunidades em que ouvido, admitiu a subtração de uma grade de ferro e, sobre os fatos, aduziu:

> [...] que ontem à noite o declarante entrou num galpão, que fica perto do 'Veículo Cruzeiro', na Rua Chagas Dória, onde pegou um pedaço de grade e um pedaço de fio conectado a uma chave (liga/desliga), que estava jogada no chão e colocou dentro de sua mochila; que, após pegar os referidos objetos, o declarante pulou o muro e já estava saindo daquele local, quando foi abordado por um policial militar que passava por ali (decl. embrionárias - f. 09).

> [...] que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia (decl. judiciais - f. 40).

A vítima confirmou, ao juízo (f. 55), suas declarações embrionárias, oportunidade em que relatou a ocorrência do injusto, senão, vejamos:

> [...] Que, nesta data, por volta de 11:30hs, o declarante recebeu uma ligação em sua casa, de um vizinho que mora próximo ao seu galpão, dizendo que era para o declarante comparecer nesta delegacia, pois havia tido um furto em seu galpão pela madrugada; Que o declarante foi até o referido galpão, onde constatou que havia sido furtada uma grade de ferro, que fica do lado de fora do galpão; Que o declarante no momento não deu falta de mais nada, pois teria dado uma olhada superficialmente, e constatou também que não houve arrombamento, mas notou que a pessoa havia pulado o muro; [...] Que o declarante neste momento reconheceu somente a grade de ferro como de sua propriedade.... (Aluísio Alves de Paula - decl. embrionárias - f. 12).

Por sua vez, o histórico da ocorrência policial foi devidamente confirmado, sob o crivo do contraditório, pelos policiais Iraci (f. 56) e Carlos (f. 57) - relatou:

> [...] Segundo alegações do solicitante/testemunha o autor citado neste BO foi surpreendido saltando o muro de um prédio comercial e que do lado de fora já havia uma grade de ferro, o solicitante que é sargento da polícia militar após abordar o autor deu voz de prisão [...] (histórico da ocorrência de f. 08).

Lado outro, conforme se depreende do laudo pericial de f. 15, o réu subtraiu uma barra de ferro avaliada em R$60,00, pertencente à vítima Aluisio Alves de Paula.

Assim, penso que o fato descrito na denúncia e imputado ao paciente, embora típico, não é antijurídico.

Com efeito, existe uma corrente doutrinária que perfilha o entendimento esposado pelo recorrente.

Todavia, para aqueles que adotam, como este Relator, o conceito analítico de crime, mister que o fato imputado ao agente seja típico, antijurídico e culpável.

E, para que possamos falar em fato típico, é indispensável a presença da conduta (dolosa ou culposa - comissiva ou omissiva), do resultado (nos crimes que exigem resultado naturalístico), do nexo de causalidade (entre conduta e resultado) e da tipicidade (formal e conglobante).

Assim, decompondo o conceito de tipicidade penal, tenho entendido por absolver os autores do intitulado furto de bagatela.

E, como sabido, a tipicidade penal congrega a adequação típica e a lesividade da conduta.

A adequação típica ou tipicidade formal verifica-se sempre quando a conduta - comissiva ou omissiva - do agente amoldar-se, com precisão, àquela abstratamente definida em lei como crime.

A lesividade ou tipicidade material, a seu turno, determina-se pela "repercussão" imposta, na sociedade, pela conduta perpetrada pelo agente. Noutras palavras, a conduta será materialmente típica quando, na prática, seriamente ofender bem jurídico tutelado. Somente assim importará ao Direito Penal, que deve ser mínimo, fragmentário.

Nesse contexto, conclui-se que o mínimo valor do resultado obtido autoriza o juiz a absolver o réu quando a conduta do agente não gerou prejuízo considerável para o lesado, nem foi cometida com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. É, como esposado, o princípio do direito penal mínimo, adotado por este Relator. Ademais, desde Justiniano, *de minimis non curat praetor*.

Sobre o tema, a lição de Rogério Greco:

> [...] entendendo o julgador que o bem subtraído não goza da importância exigida pelo Direito Penal em virtude de sua insignificância, deverá absolver o agente, fundamentado na ausência de tipicidade material, que é o critério por meio do qual o Direito Penal avalia a importância do bem no caso concreto (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Parte Especial. Niterói/RJ, 2007, v. 3, p. 43).

Nesse sentido, Francisco de Assis Toledo discorre:

> Segundo o princípio da insignificância, que se revela inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas (*Princípios básicos de direito penal*. Saraiva, p. 133).

O aludido princípio vem ganhando corpo nos tribunais pátrios, mormente em delitos como o da espécie.

O Poder Judiciário, longe de almejar a impunidade ou o estímulo à criminalidade, já tão reconhecidamente assoberbado com a tutela de direitos mais gravemente lesados, e sem pretender imiscuir-se na seara de outros Poderes, pode extinguir ações de pequena importância, com base na inexpressividade da conduta, na pouca representatividade do valor subtraído, sem incorrer em qualquer ofensa aos princípios constitucionais da reserva legal e da separação dos Poderes.

A propósito, vale transcrever lapidar precedente do Supremo Tribunal Federal que, em análise acerca da aplicabilidade do aludido postulado, assim assentou:

> 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. [...] 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 em matéria penal (*HC* 92.463/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 16.10.2007).
>
> A pequenez do valor do furto. Princípio da Insignificância. - O resultado (sentido jurídico-penal) deve ser relevante, quanto ao dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. De *minimis non curat praetor*. Modernamente, ganha relevo o Princípio da Insignificância. O delito (materialmente examinado) evidencia resultado significativo. Deixa de sê-lo, quando o evento é irrelevante. Não obstante conclusão doutrinária diversa, afirmando repercutir na culpabilidade, deve-se tratar a matéria como excludente da tipicidade, ou seja, o fato não se submete à descrição legal (STJ - R*HC* 4.311/95 - 6ª Turma - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - julgado em 13.05.95).

Com idêntico direcionamento, ainda da mais Alta Corte de uniformização jurisprudencial, confira-se: *HC* 92.364-0/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02.10.2007; *HC* 88.393/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 08.06.2007; AI 559.904/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 26.08.2005; *HC* 84.687-4/MS, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26.10.2004; e *HC* 84.412/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 19.11.2004.

Ora, em que pese o argumento ministerial, o fato de o apelado ter praticado o crime mediante escalada, por si só, não afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância.

In casu, consoante se verifica do laudo pericial de avaliação (f. 15) e do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos (R$300,00), tem-se que a *res subtracta* é de ínfimo valor.

Não bastasse, a vítima não sofreu qualquer prejuízo, de sorte que a *res furtiva* lhe foi restituída.

Assim, beneficia o acusado o princípio do crime de bagatela, isto é, da insignificância econômica do objeto da subtração.

Dessa forma, o direito penal somente deve incidir naquelas situações em que exista uma real violação ao bem jurídico protegido pela norma.

In *haec specie*, repita-se, inexistiu real agressão ao bem tutelado que justifique uma condenação em desfavor do denunciado, visto que o furto de uma grade de ferro avaliada em R$ 60,00 (f. 15) se afigura como um indiferente penal.

Assim, não merece qualquer reforma a decisão combatida.

Mercê de tais considerações, nego provimento ao recurso e mantenho a sentença reprochada.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA LUÍZA DE MARILAC e ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Sentença penal condenatória - Erro material - Trânsito em julgado - Inexistência - Retificação - Possibilidade - Crime doloso - Reincidência - Pena privativa de liberdade - Substituição por restritiva de direitos - Impossibilidade

Ementa: Estelionato. Sentença. Erro material. Retificação no seu próprio bojo. Pena corporal e restritiva de direito. Reincidência. Substituição indevida.

- O erro material contido na sentença não transita em julgado e pode ser retificado a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento da parte. Portanto, válida é a correção de erro material efetivada pelo magistrado no bojo da sua sentença, principalmente por não ter gerado prejuízo à acusada.

- Comprovado que a acusada é reincidente em crime doloso, resulta estar impedida de se beneficiar da substituição da sua pena corporal por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, II, do CP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0216.08.060197-6/001 - Comarca de Diamantina - Apelante: M.T.T.F.L. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: G.M.G. - Relator: DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Judimar Biber, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de maio de 2011. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS (convocado) - Trata-se de apelação interposta por M.T.T.F.L.contra sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia ofertada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais para condená-la a cumprir a pena de dois anos, nove meses e dez dias de reclusão, em regime semiaberto, além de pagar cento e três dias-multa, por incursa no art. 171, *caput*, (cinco vezes), c/c art. 171, *caput*, c/c art. 14, II, (duas vezes), na forma do art. 71, todos do Código Penal.

As razões recursais das partes e a manifestação da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça foram objeto de sintética reportagem no relatório de f.

Conheço do recurso, por estar adequado aos seus requisitos de admissibilidade.

A apelante alega que o Sentenciante incidiu em erro material ao concretizar a sua reprimenda definitiva, pois, após aplicar a causa de aumento do art. 71 do CP, definiu a sua pena em dois anos, dois meses e dez dias de reclusão. Porém, depois calcular a sua pena de multa no montante de cento e três dias-multa, o Sentenciante inexplicavelmente majorou a sua pena corporal para dois anos, nove meses e dez dias de reclusão. Assim, considera que este dispositivo sentencial deverá ser reformado para fixar a sua pena corporal em dois anos, dois meses e dez dias de reclusão.

Analisando a disposição sentencial que dosou a reprimenda da apelante, quando da aplicação da causa de aumento de pena definida no art. 71 do CP, constato que houve um pequeno erro material no resultado final, pois consignou-se, inicialmente, que este seria de dois anos, dois meses e dez dias de reclusão (f. 296), quando o resultado da suprareferenciada operação é, em realidade, dois anos, nove meses e dez dias de reclusão. E o resultado correto desta operação aritmética é o que definiu o Julgador monocrático:

> Dessa forma, em razão das considerações supracitadas, torno a reprimenda, em definitivo, em 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 103 (cento e três) dias-multa, mantendo o dia-multa no mínimo legal (f. 296).

Nesse tocante, cumpre ressaltar, é do conhecimento geral que o erro material contido na sentença não transita em julgado e pode ser retificado a qualquer momento, de ofício, ou a requerimento das partes. Portanto, conclui-se que a retificação do erro material focalizado, na forma elaborada pelo Magistrado singular no bojo da sentença, foi correta e não se há falar em prejuízo à apelante.

De outra face, a apelante aduz ter direito a que a sua pena privativa de liberdade seja substituída por duas restritivas de direitos, o que deverá ser reconhecido por este Tribunal para se reformar a sentença, a tanto.

Sem razão a apelante, pois é reincidente em crime doloso e incide na vedação imposta no inciso II do art. 44 do CP, conforme bem aquilatado na sentença fustigada. E o alcance dessa vedação legal nos é repassado por Fernando Capez, *litteris*:

> Trata-se de requisito subjetivo. Atualmente, o reincidente pode beneficiar-se da substituição, pois a nova lei vedou o benefício apenas ao reincidente em crime doloso. Dessa forma, somente aquele que, após ter sido definitivamente condenado pela prática de um crime doloso, vem a cometer novo crime doloso (*Código Penal comentado*. Ed. Verbo Jurídico, 2007, p. 103).

Dessarte, infiro pela total impossibilidade de se conceder guarida a esta pretensão da apelante.

Enfim, emerge iniludível dos autos o fato de que o Magistrado primevo deu correto desate a esta lide penal, a determinar a prevalência da sua sentença nesta seara recursal.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo em tela.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDIWAL JOSÉ DE MORAIS e JUDIMAR BIBER.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Abandono material - Pensão alimentícia - Inadimplemento - Ausência de dolo - Justa causa - Atipicidade - Absolvição

Ementa: Penal. Processual penal. Apelação criminal. Abandono material. Atraso no pagamento de pensão alimentícia. Justa causa. Atipicidade da conduta. Recurso provido.

- Para caracterização do crime de abandono material fundado na falta de pagamento de pensão alimentícia, é indispensável a demonstração do dolo na conduta do agente, ou seja, a intenção de frustrar o pagamento,

não configurando o delito o mero inadimplemento da obrigação.

- É atípica a conduta do agente que inadimpliu obrigação alimentar amparado em justa causa.

- É ônus da acusação a demonstração cabal da presença de todos os elementos integrantes do tipo penal, inclusive os normativos, sem o que não há como prosperar a condenação.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0625.07.064939-1/001 - Comarca de São João Del-Rei - Apelante: V.R.S - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. FURTADO DE MENDONÇA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Rubens Gabriel Soares, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2011. - *Furtado de Mendonça* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FURTADO DE MENDONÇA - Trata-se de recurso de apelação interposto por V.R.S., inconformado com a r. sentença de f. 102/109, que o condenou como incurso nas sanções do art. 244 do Código Penal Brasileiro, às penas definitivas de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e 1 (um) salário mínimo de multa, sendo a reprimenda corporal substituída por pena alternativa, consistente na prestação de serviços comunitários.

Narra a exordial acusatória que, nos meses de novembro a dezembro de 2006 e janeiro de 2007, o apelante,

> agindo de forma livre, consciente e voluntária, deixou, sem justa causa, de prover a subsistência de filho menor, ou seja, deixou de prover a subsistência de suas filhas, P.D.R.S. e L.M.R.S., não lhes proporcionando os recursos necessários à sobrevivência e faltando com o pagamento de pensão alimentícia judicialmente fixada (denúncia de f.02/03).

Intimações regulares, f. 110, 112, 113/114 e 123/124.

Em suas razões recursais (f. 126/136), pleiteia o apelante, em síntese, a absolvição, aduzindo, para tanto, a atipicidade de sua conduta, pela ausência do elemento subjetivo do tipo. Alega que, malgrado ter atrasado o adimplemento das parcelas da pensão alimentícia, não quedou caracterizada a existência do dolo em não prover a subsistência das filhas. Assevera que a mera demora no cumprimento do dever de alimentar não é o bastante para configurar o delito de abandono material. Afirma que o acusado apenas não cumpriu a sua obrigação, em virtude de carência financeira.

Contrarrazões apresentadas (f. 133/136), pugna o *Parquet* pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

O d. Procurador de Justiça Leonardo Azeredo dos Santos, f. 144/148, manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso interposto, pois presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade e processamento.

Sem preliminares arguidas ou oficiais, passo à análise do mérito.

Cuida-se de recurso de apelação aviado pela defesa de V.R.S., interposto em face da sentença que o condenou como incurso nas sanções do art. 244 do CP, às penas de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, mais 1 (um) salário mínimo de multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por prestação de serviços à comunidade.

Postula a defesa a absolvição do réu, ao fundamento de que o acervo probatório produzido não demonstrou a presença do dolo na sua conduta.

Após análise acurada dos autos, verifico assistir razão à combativa defesa.

Penso que as provas coligidas não são suficientes a amparar um decreto condenatório, visto não ter sido demonstrada, de forma inequívoca, a presença do dolo específico da figura típica de abandono material.

Prescreve o art. 244 do Código Penal:

> Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.

Como se vê, a conduta delituosa imputada ao réu é a de deixar de prover, sem justa causa, a subsistência de suas filhas, menores de dezoito anos, faltar ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada.

Verifica-se das certidões de nascimento de f. 32/33 a responsabilidade do apelante pelo sustento de L.M.R.S. e P.D.R.S., sendo que a obrigação alimentar quedou evidenciada pelo acordo judicial de f. 12/13, que foi devidamente homologado, conforme se verifica à f. 14.

O acusado, ouvido na fase inquisitiva (f. 26), confirma o inadimplemento da obrigação alimentar, aduzindo que:

> [...] Que o declarante efetuou o pagamento no valor de quatrocentos e setenta e nove reais e oitenta e sete centavos no dia 28.02.2007 na poupança de M.A.R.C. [...].

Em juízo, o increpado ratifica a versão anteriormente apresentada, justificando a delonga no adimplemento da prestação alimentar em virtude de não ter emprego fixo:

> [...] que o depoente atrasou o pagamento da pensão alimentícia de suas filhas P. e L.; que o depoente atrasou o pagamento porque estava sem emprego; que atualmente a pensão alimentícia está em dia; que o depoente chegou a ser preso por falta de pagamento da pensão, tendo permanecido preso apenas um dia, pois seu pai arrumou o dinheiro, pagou a pensão e o depoente foi liberado; que o depoente se comprometeu a pagar quarenta e cinco por cento do salário mínimo em pensão [...] (f. 79).

A testemunha M.A.R.C., inquirida na fase judicial (f. 77), confirma que o acusado deixou de pagar parcelas da pensão alimentícia. Assevera, ainda, que não tem qualquer contato com o apelante, não sabendo o que ele faz.

Desse modo, verifico do acervo probatório produzido que, malgrado o apelante ter o censurável vezo de retardar o pagamento de sua obrigação alimentícia, vinha adimplindo as prestações.

Devo destacar que o apelante é pessoa humilde, possuindo a profissão de lavrador.

Para a caracterização do tipo penal em que se encontra incurso o apelante, é imprescindível, além da comprovação da situação de inadimplência com a prestação alimentícia, a demonstração de falta de justa causa para o não cumprimento da obrigação. Assim, a mera ausência de pagamento da pensão, por si só, não é suficiente para ensejar a prática do delito de abandono material. Nesse sentido, a jurisprudência:

> Apelação crime. Abandono material. Elemento subjetivo do delito. Ônus da prova. Absolvição mantida. - Para a configuração do crime de abandono material, em quaisquer de suas figuras típicas, mister a prova de que o agente tenha deixado de prover, sem justa causa, a subsistência do sujeito passivo. Prova a ser produzida pela acusação, porque, em favor do réu, milita a presunção da inocência. Insuficiência de prova quanto ao dolo específico de abandono, elemento normativo do tipo penal previsto no art. 244 do CP, revelando a conduta mero inadimplemento parcial de pensão alimentícia judicialmente arbitrada, situação a ser solvida no âmbito civil. Absolvição que se impunha. Apelo ministerial improvido (Apelação Criminal nº 70023331747, Oitava Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Fabianne Breton Baisch, julgada em 13.05.2009).

A falta de pagamento, sem a presença do ânimo específico de abandono familiar, fundado em motivo egoístico, fruto de vontade espontânea, legitima a intervenção do Estado por meio de sua jurisdição cível, e não penal.

Para a configuração do crime de abandono material e viabilidade da pretensão punitiva estatal, é indispensável que o não pagamento da obrigação se dê sem a presença de justa causa, sendo essencial a prova cabal e inequívoca da presença do dolo específico de abandono. Desse modo, para fins de adequação típica da conduta, o agente deve deixar de prover a subsistência de filho menor de dezoito anos, não obstante possuir condições de fazê-lo.

Nesse ponto, ensina Rogério Greco, em sua obra *Código Penal comentado*:

> Vale ressaltar que o agente somente será responsabilizado criminalmente pelo abandono material se, podendo, faltar com o pagamento da pensão alimentícia. Assim, poderá surgir um fato relevante que o impeça de cumprir o compromisso determinado judicialmente, a exemplo de ter sido demitido do seu emprego, ou de se encontrar, quando profissional liberal ou autônomo, impossibilitado de trabalhar em virtude de estar acometido por alguma doença, ou ainda, mesmo trabalhando, estar passando por sérias dificuldades econômicas que o impeçam de honrar o seu compromisso, enfim, alguma justa causa, para usarmos a expressão legal (GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 684).

Por sua vez, sobre o tema, leciona Fernando Capez:

> Deve a ação ser praticada sem justa causa, isto é, sem motivo justo. Há, contudo, justa causa na ação do pai que, estando desempregado, não possui numerário suficiente para o próprio sustento. Nesse caso, não pratica o crime em tela, ante a ausência do elemento normativo do tipo (CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, v. 3, p. 147).

O inadimplemento da pensão alimentícia é fato incontroverso. Por outra senda, é ônus da acusação a demonstração da presença de todos os elementos integrantes do tipo penal, inclusive os normativos, sem o que não há como prosperar a condenação. Entrementes, constato que o *Parquet* não se desincumbiu de seu ônus, não logrando demonstrar que o increpado deixou de adimplir a obrigação alimentícia, por vontade livre e espontânea, desamparado de justa causa.

O fato de o apelado não ter aviado pedido no Juízo Cível de revisão do valor devido a título de pensão não autoriza a conclusão de que o inadimplemento ocorreu sem arrimo em motivo plausível, máxime quando o panorama probatório evidencia a debilidade financeira suportada pelo acusado.

Por outro lado, verifico que a questão foi resolvida na esfera cível, onde o increpado cumpriu a sua obrigação de prestar alimentos. Penso que a atuação da jurisdição penal, no caso vertente, seria até mesmo contraproducente, podendo prejudicar as próprias vítimas, uma vez que a aplicação de pena ao apelante, mesmo

restritiva de direitos, por certo contribuiria para a sua permanência em estado de penúria, obstando o adimplemento de prestações alimentícias futuras.

Portanto, tenho que inexiste nos autos qualquer prova que demonstre que a inadimplência do recorrente se deu pela sua livre vontade de deixar de prover a subsistência de suas filhas, pelo que me inclino pelo acolhimento da bem posta tese defensiva da existência de causa a justificar o não pagamento da pensão alimentícia, qual seja a debilidade financeira do acusado.

Apresentando-se o arcabouço probatório destituído de robustez, não vejo solução outra senão absolver o acusado com fulcro no art. 386, VII, do CPP. Nesse sentido:

> Abandono material. Absolvição. Irresignação ministerial. Pedido condenatório. Impossibilidade. Elemento subjetivo não comprovado. Recurso conhecido e improvido. - Se inexiste nos autos prova do dolo específico de abandono ou da vontade livre e determinada do acusado de não prover a subsistência do dependente, a conduta imputada não caracteriza o crime previsto no art. 244 do Código Penal (Apelação Criminal 1.0024.04.304818-0/001 - Rel. Des. Pedro Vergara, p. em 12.02.2010).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para absolver o apelante V.R.S. do crime previsto no art. 244 do Código Penal, com fulcro no art. 386, VII, do CPP.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CATTA PRETA e RUBENS GABRIEL SOARES.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido - Tipicidade - Concurso de pessoas - Possibilidade

Ementa: Recurso em sentido estrito. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Concurso de pessoas. Possibilidade. Atipicidade não configurada. Recurso provido.

- Quando a conduta atribuída ao denunciado não se apresenta *a priori* livre de controvérsias em relação à sua tipicidade, torna-se inviável a extinção do processo prematuramente, sendo de rigor o prosseguimento do feito, a fim de se obter um juízo de certeza acerca de seu envolvimento no delito descrito na inicial acusatória.

- Embora o porte ilegal de arma de fogo se trate de crime unissubjetivo, nada impede a existência de coautoria ou participação, desde que os sujeitos ativos estejam cientes de suas condutas delituosas ao portar armamento sem autorização e em desacordo com determinação legal.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0024.10.102082-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: G.R.A. - Corréu: M.A.R.A. - Relator: DES. JÚLIO CÉSAR LORENS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Rubens Gabriel Soares, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2011. - *Júlio César Lorens* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - 1 - Relatório.

Perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia em face de M.A.R.A. e G.R.A., ambos por infração ao art. 14 da Lei nº 10.826/03.

Narra a denúncia que, no dia 16 de abril de 2010, policiais militares, durante um patrulhamento de rotina, abordaram os denunciados, que se encontravam em atitude suspeita, parados próximos a um caixa eletrônico existente no interior de um posto de combustível.

Ao realizarem buscas pessoais, os militares encontraram um revólver marca Taurus, calibre 32, municiado com 2 (dois) cartuchos intactos, de uso permitido, que o primeiro denunciado trazia consigo sem portar a devida autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Já o segundo denunciado trazia consigo uma bolsa com várias ferramentas.

Conclusos ao MM. Juiz, este recebeu a denúncia em relação ao acusado M.A.R.A., porém a rejeitou quanto a G.R.A., ora recorrido, por entender que ''não há nos autos qualquer prova de que o denunciado estava portando ilegalmente arma de fogo de uso permitido, tratando-se, portanto, de fato atípico'' (f. 52).

Contra referida decisão insurge-se o MP, requerendo a sua reforma e, com o recebimento da denúncia oferecida, a tramitação regular do feito (f. 70/78).

Em sede de juízo de retratação, a decisão foi mantida (f. 84).

Contrarrazões às f. 96/101, em que o recorrido pugnou pela manutenção do decisório.

No parecer de f. 109/112, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

2 - Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

3 - Fundamentação.

Inexistindo questionamentos preliminares e não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade ou nulidade que deva ser declarada de ofício, passo à análise do mérito do recurso.

Como relatado, o MM. Juiz rejeitou a denúncia em relação ao acusado G.R.A., por entender que a conduta a ele imputada é atípica, visto que a arma foi apreendida com o corréu M.A.R.A. e o delito de porte ilegal de arma de fogo não comporta coautoria. Assim, inexistiria justa causa para o prosseguimento da ação.

Entretanto, razão não lhe assiste.

Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar,

> a justa causa é a necessidade de lastro mínimo de prova para o exercício da ação, é dizer, indícios de autoria e da materialidade, normalmente coligidos do inquérito policial ou dos demais procedimentos apuratórios preliminares (TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues - *Curso de direito processual penal*. 3. ed. 2009, Ed. Juspodivm, p. 156).

Portanto, para que haja justa causa, há de se ter certeza sobre a materialidade delitiva e haver indícios suficientes de autoria.

In casu, a materialidade encontra-se satisfatoriamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito (f. 05/09), pelo boletim de ocorrência (f. 14/15) e pelo auto de apreensão (f. 16).

Quanto aos indícios de autoria a ensejar o prosseguimento da presente ação penal, cumpre-me tecer alguns comentários.

Sabe-se que parte da doutrina e jurisprudência, em uma visão ampliativa, aceita a possibilidade de rejeição da inicial se cabalmente demonstrada, desde o início, qualquer uma das hipóteses de absolvição sumária (art. 397 do CPP), dentre elas, a certeza de que o fato narrado não constitui crime. Foi com base nessa premissa que o Magistrado *a quo* rejeitou a denúncia com relação ao recorrido.

Contudo, em que pesem as judiciosas razões esposadas na decisão hostilizada, entendo que, no presente feito, o juízo acerca da tipicidade da conduta do agente foi feito de forma precoce, sendo conveniente aguardar a regular instrução do feito para que se tenha certeza sobre a dinâmica dos fatos e do liame subjetivo que unia os corréus.

Isso porque a ação delituosa imputada ao recorrido não se apresenta, *a priori*, livre de controvérsias quanto à sua tipicidade, já que, embora se trate de um crime unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa), nada impede a existência de coautoria ou participação, desde que todos os sujeitos ativos estejam cientes de suas condutas delituosas ao transportar arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal.

A propósito, esse é o entendimento jurisprudencial, senão vejamos:

> Ementa: Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo de uso proibido. Autoria e materialidade comprovadas. Concurso de pessoas. Ocorrência. Recurso improvido. - Estando comprovadas a autoria e materialidade do crime de porte ilegal de arma de fogo, deve ser mantida a condenação, porquanto este delito, não obstante seja crime unissubjetivo, admite concurso de pessoas. (TJMG, Apelação Criminal 1.0209.07.067383-2/001, Re. Des. Pedro Vergara, j. em 24.11.2010.)

Logo, inexistindo elementos que justifiquem a rejeição liminar da denúncia ou a absolvição sumária do acusado G.R.A., deve ser dado regular prosseguimento à ação penal para que, com a regular instrução do feito, possa ser obtido um juízo de certeza acerca de seu envolvimento no delito descrito na inicial acusatória.

4 - Dispositivo.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso ministerial para, cassando a r. decisão vergastada, receber integralmente a denúncia e determinar o regular prosseguimento da ação penal em relação a ambos os acusados.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RUBENS GABRIEL SOARES e EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Roubo majorado - Concurso de pessoas - Corréu - Depoimento pessoal - Poder discricionário do juiz - Intimação - Ausência - Cerceamento de defesa - Inexistência - Nulidade - Não ocorrência - Autoria - Prova - Condenação - Causa de diminuição de pena - § 1º do art. 29 do Código Penal - Participação de menor importância - Não reconhecimento

Ementa: Apelação criminal. Preliminar. Rejeição. Cerceamento do direito de defesa. Inocorrência. Roubo. Absolvição. Impossibilidade. Autoria comprovada. Suficiência de provas. Participação de menor importân-

cia. Não reconhecimento. Papel decisivo na configuração do crime.

- Faz parte do poder discricionário do Magistrado decidir acerca da necessidade ou não de se inquirir o eventual corréu, sem que tal fato redunde em cerceamento do direito de defesa.

- Não deixando as provas dúvidas acerca do envolvimento do réu no crime de roubo, não há que se falar em absolvição.

- A incidência da causa de diminuição prevista no § 1° do art. 29 do Código Penal só é possível quando demonstrado que o partícipe pouco tomou parte na prática criminosa, tendo colaborado de forma mínima para o delito, não se aplicando àquele que participou ativamente dos fatos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.10.102274-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: M.P.C. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. EDUARDO MACHADO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR DA DEFESA E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2011. - *Eduardo Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MACHADO - Trata-se de apelação criminal interposta contra a sentença de f. 182/183, que, julgando procedente a denúncia, condenou o apelante pela prática do crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso II, c/c 14, inciso II, ambos do Código Penal, às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Nas razões recursais às f. 227/239, preliminarmente, "requer seja decretada a nulidade do processo desde o recebimento da denúncia, inclusive", em virtude de cerceamento do direito de defesa, visto que o corréu não foi intimado "para esclarecer o ocorrido, e se havia um liame subjetivo entre o autor T. e o ora suplicante". Caso ultrapassada a preliminar, no mérito, pleiteia-se a absolvição, alegando-se, em apertada síntese, "que, apesar de estar no local esperando o T., não realizou nenhum roubo, e nem sabia o que estava acontecendo, e que tudo foi um mal entendido"; e, alternativamente, pede-se o reconhecimento da participação de menor importância, uma vez que "ficou o tempo todo em cima da moto desligada e distante do local dos fatos".

Contrarrazões recursais, às f. 242/249.

Manifesta-se a douta Procuradoria de Justiça, às f. 250/260, pelo conhecimento do recurso, rejeição da preliminar e não provimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A preliminar de nulidade do processo suscitada pela defesa, em virtude de cerceamento do direito de defesa, por não ter sido intimado o corréu "para esclarecer o ocorrido e se havia um liame subjetivo entre o autor T. e o ora suplicante", não merece ser acolhida.

Dispõe o art. 29, *caput*, do Código Penal que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

Com base nesse dispositivo, o acusado, ora apelante, foi incursionado nas sanções do art. 157 do Código Penal, devendo responder, portanto, pelos atos por ele praticados, não sendo necessária para a sua condenação a identificação do terceiro envolvido, corréu.

Ademais, apenas quando interrogado em juízo, o réu veio a atribuir nominalmente a autoria do delito a um terceiro; entretanto, naquela oportunidade, a defesa nada requereu, tampouco diligenciou no sentido de tentar mostrar a veracidade de tal alegação e, nas alegações finais, nenhuma nulidade apontou nesse sentido. Portanto, preclusa a questão.

Além do mais, se o Magistrado entendesse necessário inquirir o possível corréu para o completo esclarecimento da verdade, certamente assim teria procedido. Trata-se, pois, de matéria reservada ao poder discricionário do juiz, quando da observância do preceito norteador da busca da verdade real.

Acrescente-se, ainda, que o reconhecimento da nulidade do processo prescinde de prejuízo, o que não se verifica no presente caso.

Rejeita-se a preliminar de nulidade do processo suscitada pela defesa.

Passa-se à análise do mérito do recurso.

Narra a denúncia

> que, no dia 20 de abril de 2010, por volta das 20 horas, a vítima E.T.C. trafegava pela Rua Otaviano Gomes, próximo ao número 565, no Bairro Santa Cruz, nesta Capital, quando fora surpreendida pelo comparsa do denunciado M.P.C., que, dando-lhe uma 'gravata', exigiu que fosse entregue o aparelho MP3; no entanto, a vítima passou a gritar por socorro, instante em que seu irmão C.D.C. compareceu ao local, vindo o meliante a subir na moto do denunciado que lhe dava cobertura e evadirem, tomando rumo ignorado [...] a vítima acionou a Polícia Militar, que, após proceder a

investigação acerca da moto utilizada para a fuga, logrou êxito em encontrar o denunciado, tendo a vítima o reconhecido prontamente.

A materialidade do crime ficou comprovada nos autos, tanto é que contra tal ponto sequer se insurgiu a defesa.

Perante a autoridade policial, à f. 9, o apelante reservou-se o direito de permanecer calado; e, em juízo, confirmou que estava no local dos fatos, mas não sabia que a intenção do corréu era de roubar, afirmando "que,a pedido levou o tal T., alegando este que teria uma dívida a receber; que no Bairro Santa Cruz, na Rua Artur Guimarães, o T. pediu para parar a motocicleta e aguardar".

Em que pese a versão do réu, não é essa a realidade que restou apurada nos autos.

A vítima, E.T.C., e o seu irmão, C.D.C., tanto em sede inquisitorial quanto em juízo, respectivamente, às f. 7 e 8, e 156 e 157, apontaram, categoricamente, o acusado como sendo o indivíduo que, próximo ao corréu, aguardava-o montado na moto. Não se pode negar que, se, de fato, o réu desconhecesse a real intenção do corréu, não haveria razões para que ele se sentisse intimidado e empreendesse fuga com a aproximação dos populares.

Um dos policiais militares participante da diligência que apontou o apelante como um dos autores do delito, acabando por prendê-lo, ratificando o relatado no auto de prisão em flagrante delito, depôs em juízo, "que no local o acusado não confessou a participação no roubo, mas caiu em contradição ao afirmar que foi obrigado pelo garupeiro a cometer o roubo", ocorrido esse, no mínimo, sugestivo.

Ademais, da dinâmica que restou delineada nos autos, há, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, uma inversão do ônus da prova, cabendo ao réu provar a veracidade das suas alegações, o que nem de longe logrou êxito em fazer.

Além do mais, usualmente os criminosos buscam atribuir, com exclusividade, a responsabilidade penal a outrem, na tentativa de se safarem de uma condenação.

Diante de tudo isso, a participação do apelante no crime de roubo resta sobejamente comprovada nos autos, não havendo que se falar em absolvição.

Saliente-se que, induvidosa é a majorante do concurso de pessoas.

Prosseguindo, não se amolda ao presente caso, a participação de menor importância.

A incidência da causa de diminuição prevista no § 1° do art. 29 do Código Penal só é possível quando demonstrado que o réu pouco tomou parte na prática criminosa, tendo colaborado de forma mínima para o delito, hipótese em que deve ter sua pena diminuída de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

Entretanto, isso não é o que se verifica em relação ao apelante, que, muito embora não tenha tentado pessoalmente subtrair a *res furtiva*, teve papel decisivo para a configuração do crime; porque, conforme demonstrado acima, ele, montado numa motocicleta, dava cobertura à ação do corréu, no intuito de garantir o êxito da empreitada delituosa, inclusive, garantindo o meio de fuga do local.

A participação do apelante se deu de forma essencial na realização do crime.

Ressalte-se que, no mais, a pena foi bem cominada ao apelante.

A sentença não está a merecer reparo.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade do processo suscitada pela defesa e, no mérito, nego provimento ao recurso, mantendo *in totum* a decisão hostilizada.

Custas, na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CÉSAR LORENS e ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DA DEFESA E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO.

...

Homicídio qualificado - Decisão do Tribunal do Júri - Apelação da defesa - Ausência de fundamentação - Não enquadramento nas hipóteses elencadas no art. 593, III, do Código de Processo Penal - Não conhecimento - Recurso do Ministério Público - Fixação da pena - Art. 59 do Código Penal - Circunstâncias judiciais - Desfavorecimento ao réu - Elevação da pena-base - Possibilidade

Ementa: Apelações criminais. Homicídio qualificado. Recurso do acusado. Não conhecimento. Pleito que não se enquadra em qualquer das hipóteses elencadas no inciso III do art. 593 do CPP. Recurso ministerial. Elevação da pena-base. Possibilidade. Existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado. Recurso parcialmente provido.

- Impõe-se o não conhecimento do recurso interposto das decisões do Tribunal do Júri que não especifica, no termo de interposição, em qual das alíneas do art. 593, III, do CPP se fundamenta a pretensão, não se enquadrando, ainda, as razões recursais em nenhuma das hipóteses elencadas no referido dispositivo.

- Comporta alteração a pena-base aplicada no mínimo legal cominado à espécie após análise desfavorável de algumas das circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0518.09.166183-6/003 - Comarca de Poços de Caldas - Apelantes: 1º) L.M.M., 2º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: L.M.M. e Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. HERBERT CARNEIRO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Delmival de Almeida Campos, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DO RECURSO DEFENSIVO E PROVER, EM PARTE, O RECURSO MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 4 de maio de 2011. - *Herbert Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HERBERT CARNEIRO - Cuidam os autos de apelações criminais interpostas por L.M.M. e pelo Ministério Público de Minas Gerais, inconformados com a r. sentença de f. 281/283 proferida pelo MM. Juiz Presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Poços de Caldas/MG, que, em conformidade com a decisão do Conselho de Sentença, condenou o primeiro nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, à pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime fechado, negados quaisquer benefícios.

Narra a denúncia que, no dia 15 de março de 2009, por volta das 18 horas, na Rodovia Poços de Caldas-Palmeiral, km 12, mais precisamente na Fazenda Lambari, zona rural da precitada cidade e comarca, o acusado agrediu fisicamente sua ex-companheira L.B.A., com golpes de faca, causando-lhe os ferimentos descritos no relatório de necropsia de f. 56/61, que foram a causa de sua morte.

Segundo a peça de ingresso o réu se utilizou de recurso que dificultou a defesa da vitima, pois a agrediu mesmo estando ela caída e sem possibilidade de oferecer resistência e agiu por motivo fútil, para não ter que pagar pensão alimentícia.

Aduz a inicial que réu e ofendida conviveram por algum tempo como marido e mulher e se encontravam separados, sendo que deste relacionamento tiveram um filho, que à época contava com 8 meses de idade.

Consta ainda da denúncia que, no dia dos fatos, o acusado combinou de se encontrar com a vítima na Fazenda Lambari com o pretexto de acertar uma parcela da pensão alimentícia da criança. As partes, juntamente com outras pessoas, permaneceram durante um período na fazenda até que a vítima resolveu ir embora com seu filho, no que foi acompanhada pelo denunciado e terceira pessoa.

Narra por fim a denúncia que, em dado momento da trajetória de volta para casa, o réu mandou a vítima entregar o bebê que estava em seu colo para sua cunhada e após esta negar-se a recebê-lo tirou a criança dos braços da mãe, colocou-a no colo da testemunha e, de posse de uma faca, agrediu fisicamente L. em diversas regiões de seu corpo.

Após regular instrução, o Juízo singular pronunciou L.M.M. como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, f. 146/152, sendo a referida decisão confirmada por este Tribunal, no julgamento do recurso em sentido estrito interposto pelo acusado, do qual fui Relator e cujo acórdão se encontra às f. 189/195.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença reconheceu que o réu, ora apelante, praticou o crime de homicídio qualificado, por motivo fútil e mediante utilização de recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Dessarte, o Juiz-Presidente proferiu sentença, f. 281/283, na qual fixou ao réu a pena de 14 anos de reclusão, em regime fechado.

Em razões recursais de f. 299/304, requer o acusado, primeiro apelante, a reforma da sentença para que sejam decotadas as qualificadoras e possa responder apenas por homicídio simples.

Pugna a representante do *Parquet*, termo de interposição do recurso à f. 296 e razões à f. 308/310, pelo aumento da pena-base aplicada, por entender ter havido erro na sua fixação, haja vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu a possibilitarem sua aplicação em patamar mais elevado.

Contrarrazões apresentadas às f. 305/307 e 311/315.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 320/327, opina pelo desprovimento do apelo defensivo e pelo provimento do recurso ministerial.

É o relatório.

Conheço dos recursos, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade e processamento.

A combativa Promotora de Justiça, em contrarrazões recursais de f. 305/307, pugna pelo não conhecimento do apelo do réu, visto que, apesar de interposto no quinquídio legal, não vinculou a apelação a nenhuma das alíneas do art. 593, III, do Código de Processo Penal, ou seja, limitou-se a apelar sem indicar o fundamento pelo qual o fazia.

Ressalte-se que a Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal diz que o efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição.

Diante disso, é de se concluir que, ao recorrer de decisão proferida, deve a parte apresentar, na petição de interposição, qual o motivo do seu inconformismo, deixando expressa a alínea eleita do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal.

Não se ignora haver decisões, inclusive desta 4ª Câmara Criminal, de uma das quais fui Relator (AC nº 1.0153.05.047459-9/001), em que se conheceu do recurso, tendo em vista que, com base nas razões oferecidas pelo recorrente, pode-se deduzir em qual das alíneas do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal se fundamentou a apelação. Todavia, no caso *sub judice*, as razões do recurso não permitem o enquadramento do apelo em nenhuma das hipóteses do citado inciso III do art. 593 do CPP, já que a defesa requer única e exclusivamente o decote das qualificadoras "para que o réu responda apenas por homicídio simples". Tal, conforme bem observado pela combativa Promotora de Justiça, "jamais pode ser alcançado neste momento e por esta via". Na verdade trata-se de matéria de competência do Júri.

Assim, diante da impossibilidade de se ter o apelo, com base nas razões ofertadas, como oferecido com fundamento em qualquer das alíneas do citado inciso III do art. 593 do CPP, nem mesmo na alínea *d*, outra solução inexiste senão o seu não conhecimento.

Destaco, contudo, invocando o princípio da mais ampla prestação jurisdicional, que, ainda que se conhecesse do recurso, não seria o caso de cassar a decisão dos jurados, visto que cediço que só se licencia a cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos quando ele é absurdo, escandaloso, arbitrário e totalmente divorciado do conjunto probatório. Se a decisão do Conselho de Sentença, conforme se verificou *in casu*, tem respaldo em uma das versões existentes, não pode o órgão revisor cassá-la, sob pena de negar vigência ao princípio constitucional da soberania do Júri.

A propósito, conforme enunciado da Súmula 28 do Grupo de Câmaras Criminais deste Tribunal de Justiça:

> 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.

Posto isso, acolhendo preliminar levantada pelo Ministério Público em contrarrazões recursais, não conheço do recurso interposto pelo acusado.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço apenas do recurso ministerial, que, conforme termo de interposição de f. 296 e razões recursais de f. 308-310, requer seja elevada a pena aplicada ao acusado.

Razão lhe assiste em parte.

Verifica-se que, na fixação da pena-base, o MM. Juiz-Presidente do Tribunal do Júri considerou desfavoráveis ao acusado as seguintes circunstâncias: culpabilidade, personalidade, as circunstâncias e as consequências do delito e ainda assim aplicou a pena na primeira fase em seu patamar mínimo, o que não se admite.

É certo que a análise das duas primeiras circunstâncias padece revisão:

Com relação à culpabilidade, o MM. Juiz se equivocou ao utilizar pressupostos da culpabilidade (potencial consciência da ilicitude/exigibilidade de outra conduta), elemento do crime, com a arrolada no art. 59 do Código Penal, que tem a ver com maior ou menor reprovação social da conduta praticada.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já deixou assentado que:

> A circunstância judicial da culpabilidade deve ser aferida levando-se em conta a reprovabilidade da conduta do agente, mostrando-se inadmissível considerá-la maculada tão somente em função de ele possuir plena consciência da ilicitude do fato. Não há que se confundir a culpabilidade como elemento do crime com a medida da culpabilidade do agente, sendo que apenas esta última encontra previsão no art. 59 do Código Penal (STJ - *HC* 107795/RS, Relator Ministro Og Fernandes, 6ª Turma - *Dje* de 02.03.2009).

No que se refere à personalidade, entendida pelo Magistrado como fragilizada, "[...] com sinais de desvirtuamento, revelando como se tem conduzido em seu dia a dia, sem compromisso com as regras sociais e da ordem pública", tem-se que a conclusão se apresenta desprovida de elementos sólidos, já que não foi produzida sequer uma análise psicossocial que apontasse ter o réu uma personalidade desvirtuada.

Todavia, ainda que se considere equivocada a análise das referidas circunstâncias, vê-se que, com relação às outras duas, dúvida não há quanto à desfavorabilidade das mesmas.

No que se refere às circunstâncias, tal como bem observado pelo Julgador *a quo*, o crime foi praticado em local desabitado e sem outros populares, "retirando o filho que a vítima carregava, de seu colo abruptamente".

Quanto às consequências, também são adversas, uma vez que, com seu ato, o acusado "tornou órfã uma criança de tenra idade". O filho de ambos tinha apenas 8 meses de idade quando do ocorrido.

Nesse contexto, entendo como correta a fixação da pena-base em 15 (quinze) anos de reclusão.

Destaco, por oportuno, que, ao contrário do Julgador sentenciante, filio-me à corrente jurisprudencial que entende que, no caso de incidência de duas qualificadoras, não pode uma delas ser tomada como circunstância agravante, ainda que expressamente prevista no rol taxativo do art. 61 do Código Penal, mas sim como circunstância judicial do art. 59 do CP, integrando a pena-base. Contudo, no presente caso, a considerarei na segunda fase da dosimetria da pena, como fez o Magistrado, apoiado em parte da doutrina e da jurisprudência dos nossos pretórios.

Todavia, levando em conta que o acusado confessou a prática delituosa, f. 51/52 e 136/137, procedo à compensação da agravante reconhecida pelo

Magistrado com a atenuante da confissão espontânea, permanecendo, pois, a reprimenda, no mesmo patamar fixado na primeira fase, 15 anos de reclusão. Ausentes outras causas modificadoras, neste *quantum* a concretizo.

Mantenho, no mais, a decisão apelada.

Ante o exposto, não conheço do recurso interposto pelo acusado e dou parcial provimento ao apelo ministerial, nos termos supramencionados.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS e EDUARDO BRUM.

Súmula - RECURSO DEFENSIVO NÃO CONHECIDO E RECURSO MINISTERIAL PROVIDO EM PARTE.

...

Desobediência - Atipicidade - Fiscalização rotineira de trânsito - Ordem de parada - Inexecução - Ilícito administrativo - Absolvição

Ementa: Desobediência. Trânsito. Ordem de parada. Fiscalização rotineira. Ilícito administrativo.

- Não configura o delito de desobediência ao art. 330 do Código Penal o agente que não obedece à ordem de parada de policial militar em fiscalização rotineira de trânsito se a inexecução da ordem emanada pelo servidor público é passível de sanção na esfera administrativa, devidamente prevista em lei.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0223.06.191601-9/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: R.M.P. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. CÁSSIO SALOMÉ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Duarte de Paula, 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, 12 de maio de 2011. - *Cássio Salomé* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CÁSSIO SALOMÉ - R.M.P. interpôs recurso de apelação contra a sentença de f. 72/79, que, reconhecendo-o como incurso nas disposições do art. 330, *caput*, do Código Penal, condenou-o a pena de detenção de trinta dias, em regime aberto, substituída por uma prestação pecuniária consistente no pagamento de um salário mínimo a favor da Adefom, mais 15 dias-multa, absolvendo-o, contudo, da imputação referente ao art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro.

A denúncia narra que, no dia 26.04.2006, aproximadamente às 7h30min, na Rodovia MG 050, Município de Divinópolis, o recorrente conduzia a motocicleta Honda CG/125, placa GOF-0289, quando foi ordenado pelos policiais militares que realizavam uma fiscalização de rotina que parasse, e, no entanto, desobedecendo à ordem, o apelante evadiu-se do local, vindo a ser localizado, em rastreamento da Polícia, que constatou que o mesmo não possuía a carteira nacional de habilitação.

A denúncia foi recebida em 10.12.2007 (f. 32).

O procedimento de instrução obedeceu aos rigores legais, sem nenhuma suspensão com relação ao apelante.

As alegações finais foram juntadas nos autos (f. 60/65, f. 66/71, acusação e defesa respectivamente).

A sentença foi proferida em 05.08.2010, f. 79-v.

O apelante, razões de f. 83/87, requer a reforma da decisão objetivando sua absolvição ao fundamento de que a não obediência à ordem de parada do policial militar não configura crime, sendo mera infração administrativa. Pugna, ainda, pela isenção das custas processuais.

Em contrarrazões, f. 88/93, o *Parquet* assevera que a conduta imputada ao apelante se revela típica, desenvolvida com vontade e consciência, que lesa a bem jurídico tutelado pela lei, pelo que a condenação penal deve ser mantida. Concorda com o pleito de isenção das custas.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou, f.100/106, pelo parcial provimento do recurso apenas para isentar o recorrente das custas processuais.

É o relatório.

O recorrente é parte legítima para a interposição do recurso e detém interesse na reforma da sentença proferida.

Por sua vez, o recurso é próprio e tempestivo. Os requisitos de admissibilidade recursal previstos nos arts. 577 e 593, *caput*, do Código de Processo Penal restam satisfeitos.

Assim, conheço da apelação, presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos e de processamento.

Inexistem preliminares arguidas ou apreciáveis *ex officio*. Valora-se o mérito.

Trata-se de apelação objetivando a absolvição do recorrente por não tratar-se de prática delitiva a desobediência à ordem de parada em *blitz* emanada de policiais.

Comumente sabido que a lei penal deve ser tida como a *ultima ratio*, limitando-se aos casos onde outras esferas do Direito não conseguem compor a lide.

In casu, a conduta do agente não se subsume ao crime de desobediência do art. 330 do Código Penal. Isso porque na esfera administrativa tem previsão para a desobediência nos casos das infrações de trânsito, conforme estatui o art. 195 do Código de Trânsito Brasileiro:

> Art. 195. Desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de seus agentes:
> Infração: Grave.
> Penalidade: Multa.

Portanto, havendo norma em outra seara do Direito punindo o contraventor, deve-se lançar mão da norma idêntica contida no Digesto Penal. Logo, inexiste a tipicidade penal do delito de desobediência, se a inexecução de determinada ordem, emanada de servidor público, revelar-se passível de sanção administrativa prevista em lei.

A Suprema Corte já decidiu, *mutatis mutandis*:

> *Habeas corpus*. Crime de desobediência. Atipicidade. Motorista que se recusa a entregar documentos à autoridade de trânsito. Infração administrativa. - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há crime de desobediência quando a inexecução da ordem emanada de servidor público estiver sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal. Hipótese em que o paciente, abordado por agente de trânsito, se recusou a exibir documentos pessoais e do veículo, conduta prevista no Código de Trânsito Brasileiro como infração gravíssima, punível com multa e apreensão do veículo (CTB, art. 238). Ordem concedida. *HC* 88452 Relator: Min. Eros Grau; j. em 02.05.2006).

Não deve subsistir, portanto, condenação pelo crime de desobediência; o fato narrado funda-se em mero ilícito administrativo.

Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, dou provimento ao recurso interposto, para absolver o apelante do delito previsto no art. 330 do Código Penal, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Custas, pelo Estado, sucumbente.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO e DUARTE DE PAULA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Crime contra a flora - Arts. 38 e 48 da Lei 9.605/98 - Crime permanente - Cessação da permanência - Ausência - Prescrição da pretensão punitiva - Prazo - Termo inicial - Inexistência - Extinção da punibibilidade - Não ocorrência

Ementa: Recurso em sentido estrito. Crime ambiental. Extinção da punibilidade pela prescrição. Inocorrência. Crime permanente.

- Não há que se falar em extinção da punibilidade, pela ocorrência da prescrição, em se tratando de crime permanente, inexistindo, sequer, o termo inicial para contagem do prazo prescricional.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0702.07.367149-8/001 - Comarca de Uberlândia - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorridos: J.P.C. e D.P.C. - Relator: DES. CATTA PRETA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Evandro Lopes da Costa Teixeira, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2011. - *Catta Preta* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CATTA PRETA - Trata-se de recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Uberlândia, que declarou extinta a punibilidade dos recorridos, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (cf. f. 106/108).

Razões do recurso apresentadas, requerendo, em síntese, a condenação dos recorridos às penas previstas nos arts. 38 e 48 da Lei 9.605/98, tendo em vista que os referidos tipos penais são de natureza permanente, não havendo que se falar em prescrição (f. 111/136).

Contrarrazões ao recurso apresentadas pelos recorridos, pugnando pela manutenção da r. sentença *a quo* (f. 146/149).

Parecer da d. Procuradoria de Justiça, opinando pelo parcial provimento do recurso ministerial, determinando-se o prosseguimento da persecução penal até seus ulteriores termos (f. 164/171).

É o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conhece-se do recurso interposto.

Ao exame dos autos, verifica-se que os recorridos foram denunciados pela prática dos crimes previstos nos arts. 38 e 48 da Lei 9.605/98.

Apurou-se que J.P.C. e D.P.C. realizaram intervenções em área de preservação permanente, no condomínio de Chácaras AB, imóvel rural de propriedade deles, situado às margens do reservatório da U.H.M., tendo feito edificações, sem autorização, permissão ou licença do órgão competente.

Consta que os recorridos adquiriram a propriedade rural, sem qualquer construção. Contudo, de comum acordo, levantaram 1 (uma) edificação de concreto, medindo 8,5m x16 m, sem parede na frente e com paredes de concreto nos 2 (dois) lados, 1 (uma) edificação de concreto fechada nos 4 (quatro) lados, medindo 16m x 8m, 1 (uma) casa de alvenaria, com varanda de 7,5m x 8,5m e 1 (uma) rampa de concreto.

Com isso, ao realizarem as referidas intervenções em área de preservação permanente, os denunciados impediram e dificultaram a regeneração da vegetação no local e infringiram normas ambientais, motivo pelo qual foram denunciados como incurso nas sanções dos arts. 38 e 48 da Lei 9.605/98.

Ocorre que a r. decisão *a quo* (f. 106/108) declarou extinta a punibilidade dos recorridos, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, ao fundamento de que, entre a data da conduta delitiva (1997) e o recebimento da denúncia (2007), transcorreu lapso temporal superior a 10 (dez) anos, tendo a prescrição das condutas se verificado em 8 (oito) anos, nos termos da lei penal.

Data venia, o r. *decisum* merece reforma, pelo que se passa a expor.

Os recorridos foram denunciados pela prática dos crimes previstos nos arts. 38 e 48 da Lei 9.605/98, que estabelecem o seguinte:

> Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:
> Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.
> [...]
> Art. 48. Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação:
> Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Em sua razões recursais, o Ministério Público argumenta que os referidos tipos penais são crimes permanentes, motivo pelo qual não há que se falar em prescrição.

De acordo com a doutrina, crimes permanentes são aqueles que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo, ou seja, sua consumação avança no tempo, enquanto a conduta permanecer. Em todo esse período, o crime se encontra em estado de consumação.

Sabe-se que, em se tratando de crime permanente, o prazo prescricional somente começa a fluir quando cessa a permanência.

In casu, entende-se que os delitos em análise têm natureza permanente.

O crime previsto no art. 38 da Lei 9.605/98 pode ser dividido em 02 (duas) partes: a primeira, destruir e danificar floresta considerada de preservação permanente refere-se à classificação de crime instantâneo; a segunda, utilizá-la com infringência das normas de proteção, trata-se de situação que perdura no tempo, enquanto houver o uso da área, o que denota, por óbvio, ser crime permanente.

Conforme se extrai dos autos, os recorridos utilizam a área de preservação permanente, em proveito próprio, para veraneio, infringindo, com isso, a segunda parte do referido dispositivo legal e o Código Florestal, que somente prevê o uso da área para fins de interesse público ou social.

Assim, durante todo esse período, o fato criminoso está em fase de consumação, não existindo, assim, termo inicial para contagem do prazo prescricional, por se tratar de crime permanente.

Não bastasse, o crime previsto no art. 48 da Lei 9.605/98 também é permanente. A manutenção, por parte dos recorridos, das referidas edificações, em área de preservação ambiental permanente, causa uma situação danosa que se prolonga no tempo, impedindo ou dificultando a regeneração natural da vegetação, situação que poderia cessar por vontade dos próprios recorridos, o que não ocorreu.

O momento consumativo desse delito não se verificou, apenas, com a realização das construções indevidas. Não se pode olvidar que a omissão dos recorridos, em não desfazer as obras, após o advento de sua criminalização realizada pelo art. 48 da Lei nº 9.605/1998, prolonga a consumação do crime, até a presente data.

Portanto, tratando-se de crime permanente, inexiste termo inicial para contagem do prazo prescricional.

Em situação idêntica à presente, o ilustre Des. Ediwal José de Morais, deste egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, decidiu recentemente:

> Ementa: Recurso em sentido estrito. Crimes ambientais. Delitos de consumação permanente. Prescrição. Não ocorrência. - Os delitos pelos quais o recorrente foi denunciado (arts. 38 e 48 da Lei 9.605/98) são de natureza permanente, isto é, sua consumação se prolonga no tempo. - Sendo assim, prevalece o disposto no art. 111, III, do CPB, segundo o qual, nos crimes permanentes, a prescrição da pretensão punitiva estatal começará a correr no dia em que cessar a permanência. - Recurso não provido. (TJMG - Recurso em Sentido Estrito nº 1.0702.09.604288-3/001 - Relator: Des. Ediwal José de Morais - j. em 22.02.2011 - p. em 01.04.2011).

Este também é o entendimento adotado pelos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

> Ementa: Recurso ordinário em *habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Violação ao princípio da legalidade. Inexistência. Crime permanente *versus* crime instantâneo de efeitos permanentes. Súmula 711. Prescrição da pretensão punitiva. Inocorrência. Recurso desprovido. 1. A conduta imputada ao paciente é a de impedir o nascimento de nova vegetação (art. 48 da Lei 9.605/1998), e não a de meramente destruir a flora em local de preservação ambiental (art. 38 da Lei Ambiental). A consumação não se dá instantaneamente, mas, ao contrário, se protrai no tempo, pois o bem jurídico tutelado é violado de forma contínua e duradoura, renovando-se, a cada momento, a consumação do delito. Trata-se, portanto, de crime permanente. 2. Não houve violação ao princípio da legalidade ou tipicidade, pois a conduta do paciente já era prevista como crime pelo Código Florestal, anterior à Lei nº 9.605/98. Houve, apenas, uma sucessão de leis no tempo, perfeitamente legítima, nos termos da Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal. 3. Tratando-se de crime permanente, o lapso prescricional somente começa a fluir a partir do momento em que cessa a permanência. Prescrição não consumada. 4. Recurso desprovido (STF - R*HC* 83437/SP - Relator Ministro Joaquim Barbosa - j. em 10.02.2004 - p. em 18.04.2008).

> *Habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Art. 48 da Lei nº 9.605/98. Crime contra o meio ambiente. Atipicidade. Inexistência. Crime permanente. Prescrição da pretensão punitiva. Inocorrência. Ordem denegada. 1. Não se pode confundir crime permanente, em que a consumação se protrai no tempo, com delito instantâneo de efeitos permanentes, em que as consequências são duradouras. 2. O crime imputado aos pacientes configura-se como crime permanente, pois, mesmo considerando que o dano ambiental se tenha iniciado com a construção das edificações há mais de vinte anos, a conservação e manutenção destas na área de conservação ambiental pode ter mantido os danos anteriores e impedido que a vegetação se regenerasse, prolongando-se assim os danos causados ao meio ambiente. 3. Há, na hipótese, a prorrogação do momento consumativo, conforme a vontade do agente, à semelhança dos crimes de sequestro e cárcere privado. A conduta narrada, portanto, amolda-se à definição de crime permanente, e não à de crime instantâneo de efeitos permanentes, conforme sustentam os impetrantes. 4. Tratando-se de crime permanente, o lapso prescricional somente começa a fluir a partir do momento em que cessa a permanência, diretamente relacionada à vontade do sujeito ativo do delito, que pode fazer cessar ou não a consumação. Afastada, portanto, a prescrição da pretensão punitiva do Estado. 5. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 6. *Habeas corpus* denegado (STJ - *HC* 118842/SP - Relatora Ministra Laurita Vaz - j. em 26.10.2010 - p. em 06.12.2010).

Considerando que as condutas praticadas traduzem essa ideia de continuidade e que a atividade delituosa ainda persiste, fica afastada a prescrição da pretensão punitiva, não existindo, sequer, o termo inicial do prazo prescricional.

Lado outro, conforme parecer da douta Procuradoria de Justiça, acostado às f. 164/171, não houve decisão de mérito, proferida pelo Juízo *a quo*, quanto à materialidade e autoria dos delitos, não havendo como analisar o pleito condenatório dos recorridos, sob pena de supressão de instância.

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, dá-se provimento ao recurso, para cassar a r. decisão de 1º grau, afastando o reconhecimento da prescrição, determinando-se o prosseguimento do feito, com a remessa dos autos ao Juízo de origem.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WALTER LUIZ e EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Lesão corporal - Violência doméstica - Lei Maria da Penha - Natureza da ação penal - Ação penal pública condicionada - Representação da vítima - Necessidade - Retratação - Possibilidade

Ementa: Recurso em sentido estrito. Lesão corporal. Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Natureza da ação penal. Ação penal pública condicionada. Representação da vítima. Necessidade. Direito de retratação. Possibilidade.

- O crime de lesões corporais, quando se tratar de violência doméstica decorrente de lesões leves ou culposas, continuará a ter ação penal pública condicionada a representações da vítima.

- Havendo a manifestação de forma clara e inequívoca da vítima, no sentido de não representar contra o agressor, possível é a retratação.

- A Lei Maria da Penha não alterou a natureza da ação penal por crime de lesões corporais leves, que continua sendo pública condicionada à representação da vítima.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0024.07.528982-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: W.A. - Relator: DES. WALTER LUIZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Evandro

Lopes da Costa Teixeira, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 21 de junho de 2011. - *Walter Luiz* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WALTER LUIZ - Trata-se de recurso em sentido estrito, interposto pelo Ministério Público, contra a sentença de f. 46/48, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 14ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, que rejeitou a denúncia ofertada em face de W.A., em razão da retratação de sua companheira, A.C.P.C.

Em suas razões recursais, f. 50/60, afirma o MP que, no caso dos autos, a ação penal pública incondicionada, no âmbito familiar, a espécie de ação manejada, não estaria condicionada à representação, ou seja, no caso *sub judice*, trata-se de ação pública incondicionada, portanto, não há que se falar em retratação.

Colaciona julgados que ratificam sua tese.

Por fim, pleiteia pela reforma da decisão hostilizada, para que seja acolhido o entendimento de que, no caso em tela, a ação penal é pública incondicionada, dando regular prosseguimento ao feito.

Contrarrazões, f. 74/80, batendo-se pela manutenção do *decisum*.

Juízo de retratação, f. 81, o douto Juiz *a quo*, manteve sua decisão.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Procurador, Dr. Antônio Sérgio Tonet, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso, f. 88/91.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, visto que presentes os seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

O recorrido foi denunciado pelo Órgão Ministerial como incurso no art. 129, § 9º, do CP, na forma da Lei 11.340/60.

O questionamento do presente recurso tramita em torno da natureza da ação penal, a qual deverá ser manejada no caso de crime de lesão corporal leve qualificada, em ambiente doméstico, bem como a possibilidade de rejeição da denúncia em caso de retratação da vítima.

A conduta delitiva de lesões corporais, seja ela simples ou qualificada, é disciplinada pelo Código Penal.

Até 1995, as três modalidades de lesões corporais - leves, graves e gravíssimas - não dependiam de representação do ofendido. A ação penal correspondia à pública incondicionada e era disciplinada pelo Código Penal.

Por força do art. 61 da Lei 9.099/1995, pelo quantitativo da pena máxima imposta, as lesões corporais simples e culposas passaram a ter o seu procedimento disciplinado pelos Juizados Especiais.

Assim, nas disposições finais da Lei 9.099/1995, o legislador disciplinou que: além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Diante disso, além dos crimes estabelecidos no Código Penal, por força do art. 88 da Lei 9.099/1995, passou-se a exigir representação da vítima para deflagração da ação penal, também para a lesão corporal leve e para a culposa.

Em 2004, a Lei 10.886 incluiu o § 9º no art. 129 do Código Penal. Ao fazê-lo, introduziu uma figura de lesão corporal qualificada, especificamente relacionada à violência doméstica, vejamos:

> Artigo 129. [...]
> § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.
> Pena: detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

O referido artigo passou a disciplinar o que se tem comumente chamado de "violência doméstica", termo que diz respeito à vida familiar, usualmente na mesma casa, referente às ligações estabelecidas entre participantes de uma mesma vida familiar, podendo haver laços de família ou não.

Rogério Greco (Código Penal Comentado) preconiza que o crime de lesões corporais, quando se tratar de violência doméstica decorrente de lesões leves ou culposas, continuará a ter ação penal pública condicionada a representações da vítima.

Os filiados a essa teoria, à qual me filio, argumentam que o art. 16 da Lei 11.340/2006 admite que ainda existem crimes que exigem representação, mesmo quando praticados contra a mulher no âmbito doméstico, tanto que esse dispositivo disciplina por qual meio poderá a ofendida renunciar ao direito de representar contra o seu agressor. Sendo assim, a "Lei Maria da Penha" não teria tido a intenção de alterar o princípio do art. 88 da Lei 9.099/1995, de que a ação penal por crime de lesão corporal leve é pública condicionada à representação. Teria apenas aumentado preceito secundário do tipo do art. 129, § 9º, do Código Penal, continuando a ação a ser deflagrada apenas mediante representação da ofendida, já que cabe a ela decidir se quer expor ou não a sua família a pessoas estranhas a esse meio.

Ademais, há de se considerar que, da simples leitura do art. 41 da Lei Maria da Penha, percebe-se, que não foi a intenção do legislador impedir a retratação da vítima.

Nesse sentido tem-se manifestado a doutrina.

Leciona Damásio Evangelista de Jesus:

> A Lei nº 11.340/2006, no que se refere à ofensa à incolumidade física e à saúde da mulher quando provocada no ambiente doméstico ou familiar, a qual configura um tipo qualificado (§ 9º do artigo 129), não teve a intenção de alterar o princípio do artigo 88 da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), de que a ação penal por crime de lesão corporal leve é pública condicionada a representação.

Coadunando-se com o meu entendimento, deve vir à baila o julgamento do *habeas corpus* do Superior Tribunal de Justiça:

> *Habeas corpus*. Lesão corporal leve. Lei Maria da Penha. Natureza da ação penal. Represetação da vítima. Necessidade.
> 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, interpretando a Lei nº 11.340/06, conclui que a Lei Maria da Penha não alterou a natureza da ação penal por crime de lesões corporais leves, que continua sendo pública condicionada à representação da vitima.
> 2. No julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.097.042-DF representativo da controvérsia, acentuou-se que reconhecer a incondicionalidade da ação quanto aos delitos de lesão corporal simples significaria retirar da vítima o direito de relacionar-se com o parceiro escolhido, ainda que considerado ofensor.
> 3. Ressalvo meu ponto de vista, acompanho a orientação desta Corte de que a representação é imprescindível para o prosseguimento da ação penal do crime em comento.
> 4. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal nº 024.070.309.422, em curso na 11ª Vara Criminal do Juizado de Direito de Vitória (Especializada em Violência Doméstica e Familiar contra Mulher) (*HC* 145473/ES Relator: Ministro OG Fernandes. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do julgamento: 11.05.2010).

Ressalte-se que, em atendimento ao princípio da intervenção mínima, não seria plausível ampliar a intervenção estatal no ambiente familiar, impedindo nesses casos a retratação da vítima, visto que implicaria violação aos direitos à liberdade e privacidade.

No caso *sub judice*, a ofendida foi ouvida na delegacia de polícia de origem, tendo manifestado seu interesse na representação criminal.

No entanto, conforme previsão do art. 16 da Lei 11.340/06, antes do recebimento da denúncia, designou-se audiência especial para que a ofendida pudesse expressar sua real intenção acerca dos fatos.

Em audiência, a vítima manifestou-se de forma clara e inequívoca no sentido de não representar contra o agressor, haja vista a desnecessidade do processo (f. 38).

Guardadas as devidas proporções, importante colocar em relevo uma das máximas da sabedoria popular: "Em briga de marido e mulher, ninguém deve se intrometer".

Se dona A. decidiu perdoar seu marido ou companheiro, por qual motivo o Judiciário não aceitaria dito perdão ou retratação?

O digno e honrado Procurador de Justiça, Dr. Antônio Sérgio Tonet, inclusive, opina pelo desprovimento do recurso.

Tendo em vista que a Lei Maria da Penha não alterou a natureza da ação penal por crime de lesões corporais leves e que continua sendo pública condicionada à representação da vítima, sendo imprescindível para o prosseguimento da ação penal no crime em comento, não há que se falar em prosseguimento da ação.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso ministerial, mantendo-se inalterada a decisão recorrida.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA e CATTA PRETA.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Lesão corporal - Violência doméstica - Relaciomento homoafetivo entre mulheres - Lei Maria da Penha - Aplicabilidade

Ementa: Relacionamento homoafetivo entre mulheres. Lesões corporais. Lei Maria da Penha. Aplicabilidade.

- Enquanto em relação ao sujeito passivo a lei elegeu apenas a mulher, no polo ativo das condutas por ela compreendidas encontram-se homens ou mulheres que pratiquem atos de violência doméstica e familiar contra mulheres. Dessa forma, se mulher com relacionamento homoafetivo sofre lesões corporais praticadas por sua companheira, no âmbito doméstico e familiar, aplica-se a Lei Maria da Penha em todos os seus termos.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0024.07.791863-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrida: D.G.P. - Relator: DES. DUARTE DE PAULA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Duarte de Paula, 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, 2 de junho de 2011. - *Duarte de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DUARTE DE PAULA - Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de D.G.P. contra a r. decisão do Juiz de Direito da 14ª Vara Criminal da Capital, que, entendendo que a conduta delituosa não se enquadra no gênero violência doméstica ou familiar previsto na Lei 11.340/06, declinou da competência para uma das Varas Criminais da Capital.

Aduz o recorrente que, em que pese se trate a agressora de uma mulher, restou comprovado seu relacionamento homoafetivo havido entre ela e a vítima, pelo que as lesões por ela provocadas se configuram violência doméstica e familiar contra a mulher, não sendo possível excluir a aplicação ao caso da Lei 11.340/06, nem tampouco a competência do Juízo da 14ª Vara Criminal da Capital para a análise e julgamento do feito.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Assiste razão ao recorrente. O art. 1º da Lei 11.340/06 deixa expresso que ela visa "coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher". Ou seja, no aspecto objetivo, a lei direciona-se especialmente a combater os fatos ocorridos no âmbito doméstico ou familiar, ao passo que no contexto subjetivo a preocupação é a proteção da mulher contra os atos de violência praticados por homens ou mulheres com os quais ela tenha ou haja tido uma relação marital ou de afetividade, ou ainda com qualquer pessoa com as quais conviva no âmbito doméstico e familiar, tais como o pai, o irmão, o cunhado, a filha, o filho, a neta, o neto, etc., ou com quem mantenha ou já tenha mantido relação de intimidade, não havendo em relação a tais pessoas a exigência de que a violência tenha ocorrido no âmbito físico do lugar de convivência.

Portanto, enquanto em relação ao sujeito passivo a Lei Maria da Penha elegeu apenas a mulher, no polo ativo das condutas por ela compreendidas encontram-se homens ou mulheres que pratiquem atos de violência doméstica e familiar contra mulheres. A Lei 11.340/06 considerou a realidade social e sua evolução, não ficando o legislador alheio às relações que envolvem pessoas do mesmo sexo (art. 5º, parágrafo único), das quais também pode derivar situação de violência doméstica e familiar similar àquelas verificadas na tradicional relação de pessoas de diferentes gêneros.

Acerca do tema, vale trazer à baila o valioso ensinamento de Maria Berenice Dias:

> A empregada doméstica, que presta serviço a uma família, está sujeita à violência doméstica. Assim, tanto o patrão como a patroa podem ser os agentes ativos da infração. Igualmente, desimporta o fato de ter sido o neto ou a neta que tenham agredido a avó, sujeitam-se os agressores de ambos os sexos aos efeitos da Lei. A parceira da vítima, quando ambas mantém uma união homoafetiva (art. 5º, parágrafo único), também responde pela prática de violência de âmbito familiar. Os conflitos entre mães e filhas, assim como os desentendimentos entre irmãs está ao abrigo da Lei Maria da Penha quando flagrado que a agressão tem motivação de ordem familiar (*A Lei Maria da Penha na Justiça*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2008, p. 41).

Dessa forma, se uma mulher de orientação homossexual sofrer lesões corporais praticadas por sua companheira, no âmbito doméstico e familiar, a meu ver, aplicar-se-á a Lei Maria da Penha, em todos os seus termos (aumento de pena, medidas protetivas de urgência, etc.).

Coadunando-se com tal posicionamento, em caso semelhante já se manifestou este egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> Agravo de instrumento. Decisão que indeferiu medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha. Crime de violência doméstica entre pessoas do sexo feminino. Aplicabilidade da Lei 11.340/06. Recurso provido. - A Lei 11.340/06 prevê como sujeito passivo não somente a mulher e como sujeito ativo não somente o homem, mas também filhos, netos, irmãos, cônjuge, companheiro ou a pessoa com quem conviva ou tenha convivido em âmbito das relações domésticas, ainda que do mesmo sexo em conformidade com o princípio da isonomia (Agravo de Instrumento Criminal 1.0145.08.501671-8/001, Rel. Des. Pedro Vergara, *DJ* de 25.08.10).

Sendo assim, não existindo dúvidas quanto à união homoafetiva outrora existente entre a denunciada e a vítima e de que a suposta agressão por esta sofrida teria ocorrido no âmbito doméstico e familiar, há que ser aplicada ao caso a Lei 11.340/06, o que torna competente o Juízo da 14ª Vara Criminal da Capital para o processamento e julgamento do feito.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, a fim de reconhecer a aplicação ao caso da Lei 11.340/06, e, consequentemente, declarar a competência do Juízo da 14ª Vara Criminal da Capital para o processamento e julgamento do feito.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HÉLCIO VALENTIM e MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Roubo majorado - Crime tentado - Concurso de pessoas - Emprego de arma de fogo - Circunstância objetiva - Comunicação ao corréu - Autoria e materialidade - Prova - Condenação - Fixação da pena - *Quantum* exacerbado - Redução de ofício - Regime de cumprimento da pena - Alteração

Ementa: Penal. Roubo majorado tentado. 1º apelante. Exclusão da majorante do emprego de arma. Impossibilidade. Circunstância objetiva. Comunicabilidade aos corréus. 2º apelante. Absolvição. Descabimento. Autoria e materialidade comprovadas. Redução da pena e alteração do regime. Necessidade. De ofício. Recurso do primeiro apelante desprovido. Recurso do segundo apelante parcialmente provido.

- O emprego de arma por um dos corréus comunica-se ao comparsa ainda que este não a esteja portando uma vez que a referida majorante é circunstância elementar objetiva nos termos do art. 30 do Código Penal.

- A autoria e a materialidade se encontram comprovadas, o que impõe a manutenção da condenação.

- A pena deve ser reduzida de ofício porquanto fixada de forma exacerbada, alterando-se ainda o regime de cumprimento de pena.

Recurso do primeiro apelante desprovido e recurso do segundo apelante parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0430.06.000624-3/003 - Comarca de Monte Belo - Apelantes: 1º) A.J.I., 2º) E.S.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréus: A.S., M.A.L., L.F.S. - Relator: DES. PEDRO VERGARA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2011. - *Pedro Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO VERGARA - Cuida-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público contra A.S., A.J.I., E.S.M., L.F.S. e M.A.L. como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c o art. 29 do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 15 de agosto de 2006, por volta das 20h45min no local denominado por Rua Cel. João Evangelista dos Anjos, nº 1.022, Bairro Centro, na Comarca de Monte Belo, os acusados, agindo em concurso de agentes, caracterizado pela unidade de desígnios e pluralidade de condutas, tentaram subtrair para proveito comum mediante violência praticada com emprego de arma de fogo coisa alheia móvel de propriedade da vítima O.B.O., que veio a falecer em virtude da violência empregada, tudo conforme consta do anexo inquérito policial (f. 02/04).

O processo foi desmembrado em relação ao corréu M.A.L. (f. 02).

Recebida a denúncia, os apelantes foram citados e interrogados, apresentando a defesa preliminar de f. 81/82 (f. 02, 62-v., 66/67 e 68/69).

As testemunhas arroladas foram ouvidas, nada requerendo as partes em diligência (f. 127/136).

O Órgão Ministerial pede nas alegações finais a condenação, rogando as defesas preliminarmente o reconhecimento do cerceamento de defesa e, no mérito, a absolvição nos termos do art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal, ou alternativamente a desclassificação para o delito de homicídio e a observância do art. 29 na fixação da pena (f. 170/178, 212/221 e 222/231).

Proferida a sentença, os apelantes e os corréus A.S. e L.F.S. foram condenados nas sanções do art. 157, § 3º, segunda parte, c/c o art. 29 do Código Penal, às penas de 20 (vinte) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato no regime integralmente fechado (f. 234/255).

Inconformados com a decisão recorreram os apelantes, pretendendo os primeiros, preliminarmente, o reconhecimento do cerceamento de defesa, para que seja designada audiência para a oitiva do corréu L.F.S. e, no mérito, a absolvição nas sanções do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, ou alternativamente a desclassificação para as sanções do delito de homicídio, a aplicação do art. 29 do Código Penal na fixação da pena e o afastamento do regime integralmente fechado, rogando o *Parquet* o desprovimento do pleito, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça de igual forma (f. 292/301, 302/311, 332/337 e 348/350).

Acórdão proferido anulando o processo para os apelantes desde a f. 499 inclusive, impondo a designação de audiência para oitiva do corréu L.F. (f. 376/403).

Audiência realizada para a oitiva do corréu L.F. como determinado no acórdão (f. 467/468).

Após a audiência, o *Parquet* ratificou as alegações finais apresentadas às f. 170/178, e a defesa dos

apelantes apresentou novas alegações requerendo preliminarmente a designação de nova audiência para que o corréu L.F. seja novamente ouvido e, no mérito, a absolvição nos termos do art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal, ou alternativamente a desclassificação para o delito de homicídio e a aplicação do art. 29 do Código Penal (f. 485/486, 489/499 e 501/510).

Nova sentença proferida sendo os apelantes condenados nas sanções do art. 157, § 2º, inciso I, c/c o art. 14, inciso II, c/c o art. 29, § 2º, do Código Penal às penas de 9 (nove) anos de reclusão e ao pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, atualizando-se na forma da lei no regime fechado (f. 514/521).

Inconformados com a decisão recorrem os apelantes, pretendendo o primeiro a exclusão da majorante do emprego de arma e o segundo a absolvição nos termos do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, rogando o *Parquet* o desprovimento do pleito, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça de igual forma (f. 543/547, 585/587, 554/562, 592/598 e 599/612).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade - Conheço do recurso já que presentes os pressupostos para a admissão.

II - Das preliminares - Inexiste na espécie qualquer nulidade tampouco causa de extinção da punibilidade.

III - Do mérito - Cuida-se de delito de roubo majorado tentado cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no art. 157, § 2º, inciso I, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal.

Recurso do primeiro apelante - A.J.I.

Resume-se a questão à análise da possibilidade de afastamento da majorante do emprego de arma.

- Do pedido de exclusão da majorante do emprego de arma - A defesa pede o afastamento da qualificado do inciso I, § 2º, do art. 157 do Código Penal.

Esta alega que o apelante não usou a arma de fogo, não tendo ainda ciência da mesma, o que afasta a aplicação da referida majorante.

Razão, contudo, não a socorre.

O apelante, ainda que não tenha portado a arma utilizada, não pode concluir que a circunstância da violência, elementar objetiva do delito de roubo, é incomunicável a este.

O art. 30 do Código Penal demonstra que as circunstâncias objetivas, como o emprego de arma de fogo no presente caso, se comunicam entre os corréus, não havendo comunicação apenas em relação às questões subjetivas.

Júlio Fabbrini Mirabete leciona sobre o tema:

> [...] basta que um dos agentes utilize a arma, circunstância objetiva, para que a qualificadora se estenda a todos os demais [...] (in *Código Penal comentado*, São Paulo:1999, p. 981).

Inviável, portanto, o afastamento da qualificadora do emprego de arma de fogo mesmo que o apelante não tenha empregado violência ou grave ameaça durante a prática delitiva.

O fato de não estar portando a arma no momento do crime em nada atenua sua situação uma vez que, como já salientado acima, as circunstâncias objetivas do delito se comunicam entre os agentes.

O apelante ademais, mesmo se não tivesse ciência da existência da arma de fogo como alega a defesa, aderiu à empreitada criminosa quando esperou os corréus no carro e com eles fugiu após o disparo de arma de fogo contra a vítima.

O corréu L.F.S. esclareceu ainda em juízo, antes de alterar sua versão, que A. tinha ciência da arma e que esta era inclusive dele (f. 78/79).

Ao ser novamente ouvido por determinação deste Tribunal, o referido corréu sem nada a perder por ter transitado em julgado sua condenação tenta eximir a responsabilidade do ora apelante, alegando que queria se vingar e por isso alegou que a arma pertencia a A. (f. 467).

A retratação salientada acima todavia não merece prosperar, porquanto esta restou isolada nos autos, estando o primeiro depoimento em juízo do acusado L.F. em harmonia com a prova acostada.

A defesa ressalta ainda que o apelante sabia do delito, mas não imaginava que algo mais grave como a morte da vítima poderia ocorrer, tendo menor participação na empreitada criminosa.

Tal questão todavia foi levada em consideração pelo Juiz *a quo* ao sentenciar, sendo o apelante condenado por delito menos grave - roubo qualificado tentado - que o latrocínio imputado a alguns dos corréus.

Esta é a jurisprudência:

> Penal. Crime contra o patrimônio. Roubo triplamente majorado. Absolvição. Amplo conjunto probatório. Confissão. Delação. Reconhecimento efetuado pelas vítimas. Tentativa não configurada. Crime consumado. Decote do emprego de arma. Circunstância objetiva que se estende a todos os participantes da empreitada criminosa. Sentença mantida (Apelação Criminal nº 1.0079.06.315962-2/001, Rel.ª Des.ª Maria Celeste Porto - TJMG, p. em 12.04.08).

A manutenção da qualificadora do emprego de arma do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal é medida que se impõe pelo explicitado acima.

Recurso do segundo apelante - Eduardo da Silva Miguel

Resume-se a questão à análise da possibilidade de absolvição.

- Do pedido de absolvição - A defesa pede a absolvição, alegando inexistir prova da participação do apelante na prática do delito.

A tese defensiva todavia não merece prosperar.

A materialidade resta comprovada principalmente pelo auto de prisão em flagrante de f. 06/10, pelo bole-

tim de ocorrência de f. 15/21, pelo auto de apreensão de f. 22, pelo exame de corpo de delito de f. 41/43 e pelo laudo pericial de f. 54/60.

A autoria também e inconteste.

O apelante na fase inquisitiva como em juízo alegou que foi com os corréus à cidade de Monte Belo, mas não sabia da intenção dos mesmos.

A autoria do delito, contudo, se encontra comprovada pela prova testemunhal colhida.

O corréu A.S. além de confessar a prática delitiva delatou o ora apelante na fase inquisitiva, narrando a dinâmica dos fatos *in verbis*:

> [...] que conhecia a pessoa de O.B.O. e sabia que o mesmo já havia sido vítima de vários roubos e que sempre possuía dinheiro em boa quantidade em seu poder; que, então, convidou as pessoas de A.J.I., E.S.M., M.A.L., vulgo M. e L.F.S., vulgo L. para se deslocarem até esta cidade para roubarem o dinheiro de O.; que, então, na data de ontem, deslocaram-se para esta cidade no veículo VW Gol, cor Branca, modelo antigo, de propriedade de M., onde por volta de 20:30 horas aproximadamente chegaram até as proximidades da residência de O., tendo L. chamado pela vítima, foi até a janela que estava aberta, momento em que foi anunciado o assalto; que, de imediato O. fechou o vitrô, tendo L. efetuado um disparo contra a janela e todos evadiram do local; [...] (f. 08/09).

O acusado A.J.I. também assumiu a participação no delito, delatando da mesma forma o ora apelante conforme se lê à f. 10.

O acusado L.F.S. também aponta o apelante como um dos autores do delito na fase judicial, evidenciando que este tinha ciência do que iam fazer na Comarca de Monte Belo, a saber:

> [...] que A. e A. fizeram sinal para E. parar o carro, o que foi feito, tendo então A. convidado o depoente e E. para virem até Monte Belo fazer um assalto a um velho que tinha cerca de 30 mil reais em casa; que o depoente e E. aceitaram o convite, sendo que o carro de E. ficou estacionado próximo da casa onde A. estava morando; [...] (f.78/79).

Referidos corréus alteraram suas versões na fase judicial, o primeiro corréu exime o ora apelante de sua responsabilidade, o segundo alega que também não tinha ciência dos fatos e o último só se retratou na segunda vez que foi ouvido na fase judicial devido ao acórdão proferido por esta Câmara.

A retratação, todavia, não merece prosperar por não se encontrar a mesma em consonância com a prova produzida.

A Procuradoria-Geral de Justiça assim se manifestou sobre o tema:

> [...] Em suma, não obstante a confissão policial possa ser retratável em juízo, é indispensável que essa retratação não apenas seja verossímil como ainda encontre algum amparo nos demais elementos dos autos. [...] (f. 608).

O agente tem direito de se retratar, mas o juiz ao proferir sua decisão pode analisar as versões apresentadas e verificar a que se encontra em consonância com os elementos de prova, buscando-se assim a verdade real.

Guilherme de Souza Nucci leciona sobre o tema:

> [...] a lei expressamente admite a possibilidade de o réu retratar-se, a qualquer comento, narrando a versão correta dos fatos, na sua visão. Nem poderia ser de outra forma, pois a admissão de culpa envolve direitos fundamentais, em que se inserem o devido processo legal, a ampla defesa e, até mesmo, o direito à liberdade. Entretanto, admitida a possibilidade de o réu retratar-se, não quer isso dizer seja o magistrado obrigado a crer na sua nova versão. O livre convencimento do juiz deve ser preservado e fundado no exame global das provas colhidas durante a instrução. [...] (in *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: 2008, p. 439).

Esta é a jurisprudência:

> Apelação criminal. Roubo majorado. Concurso de agentes. Emprego de arma por um dos réus. Fato que não descaracteriza a majorante para ambos. Prova. Confissão extrajudicial. Retratação. Irrelevância. Recurso desprovido.
> [...]
> A teor do que dispõe o art. 200 do Código de Processo Penal, a confissão, além de divisível, é retratável. O valor da retratação, entretanto, é relativo. Tanto na confissão quanto na retratação, o juiz tem absoluta liberdade de colocá-las em confronto com os demais elementos de prova carreados para os autos a fim de constatar sua veracidade (Apelação Criminal nº 1.0027.07.130186-8 /001, Rel. Des. Eduardo Brum, TJMG, data do julgamento 20.06.08).

As retratações dos corréus não estão ainda em harmonia entre si, pois um alega que foram a Monte Belo para irem à casa do tio de um, o outro alega que foram à casa de seu pai, existindo ainda outras contradições que não se verificam na primeira versão apresentada.

O *Parquet* ressaltou essas contradições nas alegações finais acostadas às f. 170/178:

> [...] Inicialmente, eles dizem que vieram visitar um tio de A. Já este diz que vieram visitar seu pai. A. afirmou que ficaram rodando por Monte Belo à procura da casa do tio de A., enquanto este narrou que foram diretamente para a casa da vítima. [...].

Verifica-se que o corréu L.F. somente alterou sua versão quando foi ouvido pela segunda vez em juízo devido à decisão proferida por este Tribunal, que determinou novamente sua oitiva.

Ao prestar novo depoimento, todavia, este não tinha nada mais a perder, pois sua condenação já havia transitado em julgado, só lhe restando ajudar o ora apelante, evidenciando que seu testemunho não está revestido de veracidade.

O depoimento dos corréus na fase inquisitiva ademais ocorreu no calor dos acontecimentos, devendo ser

analisada como prova segura para a manutenção da condenação.

O Juiz *a quo* ao sentenciar salientou sobre o tema:

> [...] A experiência no processo criminal ensina que, quanto mais cedo se prende um agente que tenha praticado um delito recente, mais ele falará a respeito dele, haja vista a comoção que ainda medra em seu espírito, mormente como na espécie, em que os acusados são todos primários e sem experiência na práxis criminosa [...] (f. 516).

O depoimento do policial militar Paulo Sérgio Martins de Oliveira ainda confirma a primeira versão apresentada pelos corréus, onde estes assumem suas responsabilidades e delatam o ora apelante, a saber:

> [...] que confirma o seu depoimento prestado na fase policial constante das f. 05/06 dos autos que ora lhe é lida em voz alta; que quando o depoente abordou o acusado A., este estava trabalhando, sendo que o acusado A. foi localizado em sua residência; [...] que o depoente conversou com os acusados e deles recebeu a informação de quem teria tido a idéia do crime seria a pessoa de A., o qual convidou os demais para a prática de um roubo, já que sabia que a vítima possuía valores em casa; [...] (f.127).

O testemunho de policial é de extrema importância para a formação probatória, inexistindo motivos no presente caso para desconsiderá-los.

O apelante alega que não sabia o que os corréus iriam fazer na cidade de Monte Belo.

A prova testemunhal colhida e demonstrada acima todavia evidencia que o apelante sabia da intenção dos corréus, dando apoio à prática delitiva mesmo que tenha permanecido no carro, devendo responder pela sua conduta.

O apelante ressalta que os corréus o eximem de sua responsabilidade, tal questão foi rebatida alhures, restando esclarecido que a retratação ocorrida não se encontra coerente com a prova produzida, devendo ser desconsiderada.

A tese defensiva, portanto, não restou comprovada, cabendo o ônus da prova a quem alega nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

A Procuradoria-Geral de Justiça assim se manifestou sobre o tema:

> [...] Dúvida não existe de que A. e E., em companhia dos seus comparsas, após ajuste prévio, deslocaram-se da cidade de Nova Rezende para Monte Belo, para roubarem da infeliz vítima, pois sabiam que ela tinha costume de guardar dinheiro em casa. No desenrolar dos fatos, L.F. fez um disparo contra O., o ofendido, que veio a falecer.[...] (f. 611).

A autoria e a materialidade dessa forma se encontram comprovadas, restando demonstrado que o apelante participou da infração penal em análise, afastando a tese absolutória.

Esta é a jurisprudência:

> Apelação criminal. Crime de roubo. Autoria e materialidade delitiva devidamente comprovadas. Palavra das testemunhas. Consonância com demais elementos de prova. Validade. Condenação mantida. Regime mais brando. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Impossibilidade. I - Sendo o conjunto probatório idôneo a comprovar autoria e materialidade do delito de roubo, deve ser mantida a sentença condenatória, não podendo prevalecer, como elemento de convicção, a isolada negativa de autoria do réu [...] (Apelação Criminal nº 1.0701.09.272910-5/001, Rel. Des. Adilson Lamounier, TJMG, p. em 30.03.10).

- De ofício - Considerando a ampla devolutividade do recurso de apelação, reduzo a pena dos apelantes *ex officio*, alterando em consequência o regime de cumprimento de pena.

O Juiz *a quo* considerou desfavoráveis aos apelantes a culpabilidade, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias, as consequências e o comportamento da vítima.

A culpabilidade, os motivos e as circunstâncias todavia são inerente ao delito perpetrado, não havendo que se falar em um *plus* de reprovabilidade.

A conduta social é 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.

A personalidade nos dizeres de 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 racionar 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 [...](in *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 207).

Não há assim registro nos autos quanto à personalidade dos apelantes.

As consequências são desfavoráveis, pois a vítima veio a falecer em razão da ação dos corréus, que efetuaram disparo de arma de fogo.

O comportamento da vítima também não os favorece visto que a conduta da mesma não contribuiu para a prática do delito.

A pena-base, portanto, deve ser reduzida, pois fixada muito acima do mínimo legal, levando em consideração a análise de apenas duas balizas judiciais desfavoráveis.

O Magistrado primevo majorou a pena em 1/2 (metade) na terceira fase pelo reconhecimento da majorante do emprego de arma.

O referido aumento deve ocorrer, contudo, na fração mínima de 1/3 (um terço), considerando o emprego de apenas uma arma, inexistindo motivos para que a majoração ocorra acima da fração especificada acima.

Ante tais considerações, passo à reestruturação das penas dos apelantes em conjunto devido à identidade de circunstâncias:

- Na primeira fase, considerando as consequências e o comportamento da vítima desfavoráveis aos apelantes, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

- Na segunda fase, inexistindo atenuantes ou agravantes a serem consideradas, mantenho a pena provisória inalterada.

- Na terceira fase, presente a causa de diminuição da pena pelo reconhecimento da tentativa e a causa de aumento do emprego de arma, reduzo e majoro a pena em 1/3 (um terço), fixando-a em 4 (quatro) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Presente ainda a causa de aumento do art. 29, § 2º, do Código Penal, majoro a reprimenda ainda em 1/2 (metade), fixando-a definitivamente em 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizando-se na forma da lei.

- Do regime - Considerando a pena aplicada e a análise das balizas judiciais do art. 59 do Código Penal, fixo o regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal.

Mantenho por fim as demais cominações da sentença fustigada.

Ante o exposto, dou parcial provimento aos recursos, reduzindo a pena, fixando-a em 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa sobre 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizando-se na forma da lei, alterando o regime para o semiaberto.

Custas, *ex lege*.

Se unânime a decisão e após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão em desfavor de A.J.I. e E.S.M.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e JÚLIO CÉSAR LORENS.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Denunciação caluniosa - Tipificação - Dolo - Presença - Retratação - Irrelevância - Condenação - Defesa deficiente - Ausência de prejuízo para o réu - Cerceamento de defesa - Inexistência - Nulidade - Não ocorrência - Defensor dativo - Isenção de custas - Art. 10, II, da Lei Estadual 14.939/03 - Honorários advocatícios - Fixação - Competência - Juiz da sentença - Art. 1º, § 1º, da Lei Estadual 13.166/99

Ementa: Denunciação caluniosa. Preliminar. Nulidade do processo. Falta de defesa plena. Ausência de prejuízo. Mérito. Pedido de absolvição. Ausência de dolo. Inocorrência. Manutenção da condenação. Recurso não provido.

- Não se cogita de nulidade por cerceamento de defesa sem a devida demonstração de prejuízo.

- O crime de denunciação caluniosa se consuma com a instauração do inquérito policial contra alguém, por crime do qual se saiba inocente o acusado. Irrelevante que este, posteriormente, ao ensejo de acareação com a vítima, venha a se retratar, circunstância que não elide a presença do dolo.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0175.04.004022-2/001 - Comarca de Conceição do Mato Dentro - Apelante: E.S.F. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Delmival de Almeida Campos, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de junho de 2011. - *Júlio Cezar Guttierrez* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - E.S.F., qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções dos art. 339, *caput*, do CP, porque, no dia 04.02.04, em Conceição do Mato Dentro, deu causa à instauração de investigação policial contra Ricardo Rodrigues de Coelho, imputando-lhe a conduta prevista no art. 16 da Lei nº 6.368/76, de que sabia ser ele inocente.

O MM. Juiz de Direito da Comarca de Conceição do Mato Dentro julgou procedente o pedido contido na

denúncia e o condenou ao cumprimento das penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 11 (onze) dias-multa (f. 98/104).

Irresignada, a defesa recorreu, suscitando, preliminarmente, a nulidade do processo por falta de defesa plena e requerendo, no mérito, a absolvição do apelante, por ausência de dolo (f. 119/125).

O Ministério Público oficiante no primeiro grau de jurisdição apresentou contrarrazões (f. 127/133), batendo-se pelo não provimento do apelo. No mesmo sentido foi o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do ilustre Procurador José Antônio Baeta de Melo Cançado (f. 139/142).

É o relatório, em síntese.

Conheço do recurso de apelação, porquanto próprio, tempestivo e regularmente processado, estando presentes, assim, os pressupostos para sua admissão.

Inicialmente, há uma preliminar a ser enfrentada.

1 - Preliminar:

Preliminarmente, a defesa suscita a nulidade do processo à consideração de que o apelante ficou indefeso diante da atuação do antigo patrono. Alega que ele arrolou apenas uma testemunha na defesa prévia (f. 46) e que a peça de alegações finais apresentada à f. 96 é "inconsistente e insuficiente [...], pois carecem de fundamentação básica ao necessário devido processo legal" (f. 120).

A despeito do esforço da combativa defensora, entendo não ser o caso de nulidade processual.

Durante a instrução processual, a defesa do réu foi patrocinada pelo Defensor Público municipal, Dr. Idalmo Garcêz Alves, que o acompanhou no interrogatório (f. 40/41) e na audiência de oitiva das testemunhas (f. 62/67); apresentou defesa prévia (f. 42) e alegações finais (f. 96-v.).

O argumento da douta advogada dativa consiste em desabonar a defesa prévia, sem, contudo, apresentar qualquer prejuízo concreto acarretado ao réu, porquanto nem sequer indicou as eventuais testemunhas que poderiam vir aos autos contribuir para a melhor elucidação dos fatos.

O mesmo se diga em relação às alegações finais apresentadas pelo antigo patrono, em cuja peça, apesar de sucinta, o advogado não deixou de pugnar pela absolvição do réu por insuficiência probatória (f. 96-v.).

Como cediço, o que importa, para fins de regularidade processual, é que não tenha sido usurpada da defesa a oportunidade de derradeira manifestação nos autos, como no caso. Oportuno consignar, por amor ao debate, que é predominante no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a falta de alegações finais não acarreta nulidade no processo penal, pois esta só se dá na ausência de intimação para o seu oferecimento, nos termos do art. 564, III, e, do CPP (*HC* 84391/SP, *HC* 80251/MG, *HC* 75898/MG, *HC* 74398/SP, *HC* 73300/RS, *HC* 72723/PI, *HC* 72788/MG).

Portanto, não vislumbro a ocorrência de prejuízo que justifique a declaração da nulidade processual, a teor da Súmula 523 do STF, segundo a qual, "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

Rejeito a preliminar.

2 - Mérito:

No mérito, melhor sorte não socorre a defesa.

A denunciação caluniosa, art. 339 do CP, é crime que exige, para a sua configuração, seguindo respeitável doutrina, os seguintes requisitos: a) sujeito passivo determinado; b) imputação de crime; c) conhecimento da inocência do acusado.

No caso em tela, é possível distinguir, com clareza, a presença de todos os três requisitos.

Consta dos autos que, em 04.02.04, E.S.F., ora apelante, acionou a Polícia Militar, via telefone, e afirmou que havia encontrado uma "bucha" de maconha no automóvel de R.R.C.

A substância foi apreendida (f. 10) e periciada (f. 22/23), comprovando-se a sua natureza entorpecente, razão pela qual foi instaurado inquérito policial para apurar a prática do delito do art. 16 da Lei nº 6.368/76 pela vítima R.

No entanto, quando da realização de acareação com a vítima, conforme termo de f. 18/18-v., o apelante retratou-se alegando que, na verdade, encontrou a substância entorpecente no chão da rua, não sabendo dizer a quem pertence, e que, no dia em que noticiou o suposto crime, "estava com a cabeça confusa, visto que havia ingerido bebida alcoólica, não sabendo direito o que dizia" (f. 18).

A retratação do réu, todavia, não elide a presença do dolo, pois, àquela altura, o "arrependimento" do acusado não tinha mais o condão de impedir a caracterização do crime de denunciação caluniosa, que se consuma com a instauração da investigação, processo, inquérito ou ação, independentemente de que destes resulte algum prejuízo para a pessoa injustamente acusada.

Ademais, a retratação ocorreu ao ensejo de acareação com a vítima, após a Polícia passar a questionar a veracidade da versão do réu à luz dos testemunhos colhidos durante as investigações. Longe, pois, de representar uma manifestação espontânea, *in casu* o ato de retratação vem corroborar a certeza de que o apelante queria de fato imputar à vítima crime de que o sabia inocente.

Ao invocar a retratação do réu como fundamento para a absolvição, olvida-se a defesa, ainda, que, em

juízo, ele tenha voltado a afirmar que a substância entorpecente pertencia à vítima, apresentando, dessa feita, nova versão, no sentido de que a droga teria caído do bolso dela (f. 40/41).

Contudo, o que dos autos se depreende, com a necessária segurança, e que deixa ainda mais patente a presença do dolo, é que, no dia dos fatos, réu e vítima se desentenderam e entraram em luta corporal (f. 13/13-v., 63, 16/16-v. e 64, e 14 e 66), o que, aliado à incoerência das declarações do réu, faz crer que ele agiu com o intuito de vingança, como bem analisou o douto Procurador de Justiça, cujas lúcidas ponderações julgo oportuno colacionar:

> Constata-se que o apelante e a vítima R.R.C. tiveram uma desavença, que evoluiu para vias de fato. Pelo contexto, depreende-se que o apelante ingeriu bebidas alcoólicas no estabelecimento comercial da esposa da vítima e não só saiu sem pagar, como também afirmou que não iria pagar as despesas. Em momento posterior, ao se encontrar com R., teve uma desavença e acabou apanhando.
>
> Inconformado com a surra, a prova demonstra que quis retaliar a pessoa de R., tanto que acionou a Polícia Militar e inventou o crime de posse de substância entorpecente. Os militares acionados, ao receberem a substância proscrita, obrigatoriamente a apreenderam e confeccionaram o competente BO de f. 07/08.

Ao contrário dos argumentos trazidos pela defesa, o dolo na ação do apelante se verifica quando no dia seguinte compareceu à delegacia de polícia munido com o relatório médico comprovando as ofensas corporais que sofrera. Estando lúcido, apresentou representação pelo crime específico do qual era a suposta vítima, mas, não satisfeito, reafirmou os dizeres do boletim de ocorrência e narrou com detalhes (fictícios) como teria encontrado a droga no interior do veículo da vítima (f. 141/142).

No crime de denunciação caluniosa, como se sabe, o agente provoca a ação de uma autoridade pública através de um procedimento (inquérito ou ação penal), movimentando irregularmente a máquina estatal de persecução criminal (por exemplo, comparecendo a uma delegacia, Justiça, Ministério Público, CPI, Corregedoria etc.), imputando a alguém crime ou contravenção de que sabe ser ele inocente.

De forma maliciosa, o agente comparece a um desses locais e, dolosamente, imputa a um terceiro um fato mentiroso, fazendo nascer contra ele um inquérito policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa não merecidos.

E foi exatamente isso que aconteceu no caso dos autos, pois, apesar de se descobrir a verdade a tempo, sem que qualquer prejuízo fosse causado à vítima R.R., injustamente acusado de porte de droga, é certo que o inquérito policial foi iniciado em função da acusação falsa, o que basta para a configuração do crime do art. 339 do CP, não merecendo guarida o pedido de absolvição.

Por fim, a defesa não formulou pedido relativo à aplicação da pena e tampouco vislumbro qualquer reparo a que se deva proceder de ofício, devendo-se registrar que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal cominado à espécie e elevada à fração de 1/6 (um sexto) em face da agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), caracterizada pela certidão de f. 68/74.

Irretocável, pois, a r. sentença recorrida, que deve ser mantida nos precisos termos e fundamentos.

2 - Conclusão:

Por essas razões, nego provimento ao apelo.

Isento o apelante do pagamento das custas nos moldes do art. 10, II, da Lei Estadual nº 14.939/03, considerando que sua defesa está sendo patrocinada por defensora dativa.

No que tange ao arbitramento de honorários, julgo adequado que seja formulado perante o Juiz da sentença que nomeou a advogada (f. 118), a teor do art. 1º, § 1º, da Lei nº 13.166/99, sob pena de supressão de instância (TJMG - ACrim 1.0116.04.002188-7/001 - Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel - julg. em 16.03.2010 - publ. em 30.04.2010; ACrim 1.0702.07.396641-9/001 - Rel. Des. Judimar Biber - julg. em 23.02.2010 - publ. em 23.04.2010; ACrim 1.0707.97.002197-8/001 - Rel. Des. Armando Freire - julg. em 17.01.2006 - publ. em 27.01.2006; ACrim 311.927-8/00 - Rel. Des. Sérgio Resende - julg. em 10.04.2003 - publ. em 10.06.2003; ACrim 1.0000.00.326894-3/000 - Rel. Des. Odilon Ferreira - julg. em 17.06.2003 - publ. em 28.08.2003; *HC* 1.0000.00.276672-3/000 - Rel. Des. Edelberto Santiago - julg. em 18.06.2002 - publ. em 21.06.2002), pelo que, deixo de conhecer do pedido.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DOORGAL ANDRADA e DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Estelionato - Cheque sem fundos - Endosso - Ausência de dolo - Atipicidade - Art. 386, III, do Código de Processo Penal - Absolvição

Ementa: Apelação criminal. Estelionato. Endosso de cheque sem fundos. Delito não caracterizado. Ausência de dolo.

- A lei prevê como conduta típica para o delito de estelionato (§ 2º, inciso VI do art. 171 do CP) a emissão de

cheque sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, não devendo ser ampliada ao endossante.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0012.06.005349-8/001 - Comarca de Aiuruoca - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: O.M.F. - 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, sob a Presidência do Desembargador José Antonino Baía Borges, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de maio de 2011. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - O.M.F. foi denunciado como incurso nas sanções cominadas no art. 171, *caput*, do CP, tendo sido, a final, absolvido, com base no disposto no art. 386, III, do CPP (f. 86/88).

Inconformado, apela o ilustre Representante do Ministério Público, almejando a condenação do acusado, nos termos da exordial, sob o fundamento de haver prova nos autos de que tenha praticado o delito pelo qual foi denunciado (f. 91).

Há contrarrazões, às f. 98/105, gizando o acerto da decisão recorrida e, nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do apelo (f.111/116).

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Segundo relato contido na exordial acusatória, no início do ano de 2006, o acusado, ora apelado, compareceu ao estabelecimento comercial pertencente a L.A.L., ali adquirindo móveis, no valor de R$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais). No ato da compra, o denunciado emitiu um cheque no valor de R$ 900,00 (novecentos reais), à vista, comprometendo-se a pagar o restante (R$ 1.300,00) a prazo.

Como o acusado não retornou ao estabelecimento comercial para quitar sua dívida, a vítima o procurou, com o objetivo de receber o que lhe era devido.

Passados alguns meses, o apelado entregou a L.A. uma cártula preenchida no valor restante, cartela esta de titularidade de A.S.B., mas por ele endossada (f. 11).

Todavia, ao ser descontado, o cheque foi devolvido pelo banco sacado, que havia cancelado o talonário da titular, arcando a vítima com o prejuízo daí advindo.

Os fatos narrados restaram sobejamente comprovados pelos depoimentos prestados pelas testemunhas V.A.L. (f.12), L.A.A.P. (f.13) e J.F. (f.14), além das declarações da vítima, às f. 9 e 26, e da confissão do próprio acusado, às f. 18 e 70.

A despeito do prejuízo sofrido pela vítima, em razão de não ter sido quitada a dívida pelo acusado, não se pode afirmar que, mediante emprego de meio fraudulento, ele obteve vantagem patrimonial em prejuízo de terceiros.

É certo que o recorrido não saldou sua dívida, mesmo após ter conhecimento de que o cheque endossado entregue à vítima havia sido devolvido pelo banco. Tal questão, entretanto, deve ser dirimida na esfera cível.

Inexiste demonstração nos autos de que o acusado tivesse prévio conhecimento de que a folha de cheque repassada à vítima não poderia ser descontada, de molde a caracterizar o emprego de meio fraudulento para a obtenção de vantagem patrimonial, em prejuízo alheio.

A respeito da situação narrada, sendo o réu o endossante do cheque devolvido pela instituição bancária, a orientação doutrinaria é no sentido de que sua conduta não configura o delito de estelionato, que, na hipótese de fraude no pagamento por meio de cheque, atinge somente o emitente da cártula, ou o frustrador de seu pagamento, condutas que, como se viu, não foram praticadas pelo apelado.

Confira-se, por oportuno:

> Relativamente ao endossante, sustentamos que ele não pode ser agente do crime, pois a lei usa o verbo 'emitir', que não deve ser ampliado para compreender ações diversas, como a de transferir o título ou avalizá-lo. Além disso, o endossante jamais poderia praticar a segunda conduta ('frustrar'), que o parágrafo também incrimina. (DELMANTO, Celso e outros, in *Código Penal comentado*, 8. ed. Editora Saraiva, 2010, p. 632).

Compartilham desse entendimento os nobres juristas Cunha Peixoto, *O cheque*, 1959, v. I, p. 130; Damásio de Jesus, *Direito penal*, 29. ed., São Paulo, Saraiva, 2009, v. 2, p. 450; Dirceu de Mello, *Aspectos penais do cheque*, 1976, p. 121; Heleno Fragoso, *Lições de direito penal*, parte especial, 1995, v. I, p. 286).

Afigura-se aqui oportuna a transcrição do seguinte julgado, valendo ressaltar que, no caso em tela, acusado e vítima eram amigos, conforme se depreende do teor das declarações da vítima e interrogatórios do acusado.

> Não pratica estelionato o agente que paga com cheque de terceiro, tendo o proprietário do estabelecimento conhecimento dos dados do cliente, que, inclusive, sempre comprava no local. (TJRS, Ap. 70010365492, j. em 3.3.2005, *Bol. AASP* 2.455/1.142.)

Logo, não estando comprovado o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal, não há que se falar na configuração da figura típica do estelionato.

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso, mantendo a absolvição do apelado, com base no disposto no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RENATO MARTINS JACOB e NELSON MISSIAS DE MORAIS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

. . .

Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - Peculato - Exceção de competência julgada improcedente - Matéria ligada à nulidade absoluta - Impugnação da decisão - *Habeas corpus* - Admissibilidade - Crime do art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98 - Não violação do patrimônio da União - Julgamento - Competência da Justiça Estadual comum - Crime de competência da Justiça Federal - Conexão - Impossibilidade - Posse de um dos denunciados no Senado Federal - Prerrogativa de função - Desmembramento do processo - Competência do STF - Cisão operada pelo Juízo Estadual - Nulidade - Atos de instrução - Aproveitamento - Possibilidade - Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal - Ordem concedida em parte

Ementa: *Habeas corpus*. Peculato e lavagem de dinheiro. Exceção de incompetência rejeitada. Alegação de nulidade absoluta do juízo. *Habeas corpus*. Via própria para impugnação do julgado. Ausência de conexão dos crimes com a competência da Justiça Federal. Sede estadual correta. Um dos denunciados com prerrogativa de função. Desmembramento. Ato inerente às competências do órgão jurisdicional ligado ao foro específico. Nulidade constatada. Atos de instrução. Possibilidade de aproveitamento. Ordem parciamente concedida.

- Passível de ser usada a via do *habeas corpus* nos casos de improcedência da exceção de competência, cuidando-se de matéria ligada a possível nulidade absoluta e que caracteriza violação ao juízo natural constitucionalmente consagrado.

- A ação penal que apura crime de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, e as infrações precedentes, que não violam patrimônio da União, ou mesmo o sistema financeiro, não guarda relação direta com a competência da Justiça Federal, recrudescendo a competência da Justiça Estadual comum, de acordo com a inteligência do art. 2º, III, da Lei 9.613 de 1998.

- Se um dos denunciados toma posse como Senador Federal da República, deve o feito ser enviado ao Supremo Tribunal Federal, isto diante da prerrogativa de foro do imputado, cuidando-se de equívoco o desmembramento operado pelo juízo singular de origem, pois não detentor da competência para tanto, caracterizando o ato de cisão usurpação da parcela de jurisdição conferida ao órgão judicial superior.

- O reconhecimento da nulidade do ato de desmembramento, por incompetência do juízo que determinou a cisão, não importa em automática decretação da nulidade dos demais atos, podendo haver aproveitamento daqueles relativos à instrução, até mesmo por meio de convalidação ulterior.

Preliminar rejeitada e ordem parcialmente concedida para declarar a nulidade do ato de desmembramento, operado no processo penal originário, determinando a remessa dos autos relativos à ação penal de origem (0024.09.681796-0) ao egrégio Supremo Tribunal Federal.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.11.009565-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Paciente: M.V.F.S. - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 9ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte - Relator: DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Ediwal José de Morais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER EM PARTE O *HABEAS CORPUS*.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2011. - *Ediwal José de Morais* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo paciente, o Dr. Marcelo Leonardo.

DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS - Como Relator, quero deixar registrado ter ouvido com bastante atenção a sustentação oral desenvolvida, da mesma forma como dei o devido cuidado ao memorial que me foi apresentado.

Preliminares.

O presente *habeas corpus* é aviado em favor de M.V.F.S., paciente que responde a imputações por peculato e "lavagem" de dinheiro, infrações penais que se apuram na Comarca de Belo Horizonte, neste Estado.

Sustenta o ilustre advogado do acusado que o feito de origem padece de nulidades absolutas, desdobrando seu pensamento em dois pontos principais.

Assevera a defesa que, por se tratar de feito vinculado a outro processo em curso perante a Justiça Federal, inclusive sendo arrolado o paciente como testemunha em um dos feitos apontados, ali seria a sede natural para o processamento da ação penal que tramita perante a Justiça Estadual comum (9ª Vara Criminal de Belo Horizonte).

Requer, então, a nulidade do feito, por incompetência do Juízo *a quo*, desde a decisão de recebimento da denúncia, inclusive.

No segundo tópico, atesta o zeloso Defensor do réu que a decisão de desmembramento do feito de origem, diante da ascensão de um dos réus para o Senado Federal, implica usurpação das atribuições do Supremo Tribunal Federal, cuidando-se de órgão judicial competente para o ato de cisão, isto em razão do foro por prerrogativa de função.

Nesse caso, protesta a defesa pelo reconhecimento da nulidade do feito, desde a decisão que determinou o desmembramento dos autos.

A liminar requerida foi negada por ilustre Par (f. 191), prestando a autoridade apontada como coatora as informações requeridas (f. 195/196).

Opina a douta Procuradoria de Justiça pelo não conhecimento da via eleita, pois imprópria para apreciação dos temas suscitados, propugnando, no mérito, pela denegação da ordem, tudo conforme parecer de f. 207/210.

É o singelo relatório.

Para melhor apresentação de nosso entendimento, dividimos nossa manifestação em tópicos, facilitando a compreensão do caso.

Admissibilidade do habeas corpus - Preliminar de não conhecimento suscitada pelo culto Procurador de Justiça:

A despeito dos valiosos argumentos trazidos pelo ilustre órgão do *Parquet* que atua junto a esta instância, permitimo-nos conhecer do *writ* aviado, cuidando-se de via própria, em nossa singela opinião, para impugnação das matérias suscitadas na petição inicial.

Houve impetração em primeira instância de exceção da competência do Juízo, cuidando-se de pedido julgado improcedente (f. 39/41).

A rejeição da pretensão já daria ensejo à admissão do *HC*, meio adequado para análise acerca de provável ilegalidade daquele julgado, juízo que se recrudesce diante da natureza dos termos suscitados.

Menciona a petição inicial pontos ligados à competência em razão da prerrogativa de função, o que pode dar azo à compreensão de que a existência de eventual nulidade é absoluta, havendo previsão expressa do *habeas corpus*, justamente quando "o processo for manifestamente nulo" (art. 648, inc. VI, do Código de Processo Penal).

Dessa maneira, rogamos vênia aos convencimentos em contrário, para entender ser possível a utilização deste remédio heróico para debate das matérias ventiladas pelo culto advogado do paciente.

Acerca do tema, em singulares sínteses, destacamos:

> No caso de o juiz concluir pela competência do juízo, não há recurso, salvo se a decisão for de flagrante ilegalidade, podendo-se ingressar com *habeas corpus*, pois o réu não deve ser processado senão pelo juiz natural (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5 ed. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 866).

> O *habeas corpus* é o meio jurídico apto para suscitar a incompetência absoluta do juiz (STF - RT, 532/439).

Conhece-se, então, do *habeas corpus* aviado, rejeitando-se a preliminar erigida.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De início, eu gostaria de deixar registrado que é sempre bom ouvir meu professor Marcelo Leonardo e com ele ter a oportunidade de aprender um pouco mais.

Estou de acordo com o Relator.

DES. DOORGAL ANDRADA (convocado) - De acordo, também.

DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS - *Mérito*.

Nulidade do feito de origem em virtude da competência da Justiça Federal:

Nesse ponto, cumpre-nos tecer algumas considerações que vão de encontro ao que foi atestado pelo culto advogado do réu, não se tratando de juízo de censura, mas de pensamento diverso daquele esposado na inicial deste *writ*.

Na interpretação da competência para exame das condutas tipificadas no art. 1º, *caput*, da Lei 9.613, de 1998, vem-se asseverando que não basta a existência daqueles delitos para a determinação da jurisdição federal, sendo também necessária a configuração de uma das hipóteses do art. 2º, III, do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, o parecer cuja cópia se encontra às f. 197/204 é escorreito, cuidando-se de excelente resumo da matéria, cuidando-se de entendimento do qual compartilhamos.

Ainda que as denúncias apresentadas no âmbito da Justiça Federal guardem similaridade com aquela que

corre perante a Justiça Estadual, em especial aquela cuja cópia se encontra às f. 122/167, trata-se de crimes diversos, sem ligação que determine a juntada dos autos, ou decisão de mérito em conjunto, havendo correta separação das esferas judiciais.

Os peculatos noticiados na denúncia inicialmente apresentada junto ao Supremo Tribunal Federal (cópia às f. 15/100) teriam ocorrido em detrimento de companhias ligadas ao Estado de Minas Gerais, sem violação aparente ao patrimônio ou mesmo bens da União, o que implica delimitação da competência da Justiça Estadual comum.

Lado outro, a ocultação de bens, ou mesmo a "lavagem" de dinheiro, também noticiada, teria ligação com as vantagens auferidas pelos crimes perpetrados contra a Administração Pública deste Estado (Cemig, Comig e Bemge), não violando o sistema financeiro nacional, o que limita a parcela da jurisdição incidente ao caso à Justiça Estadual.

Assim sendo, não nos apresentam o recebimento da denúncia e os atos seguintes perpetrados como nulos, uma vez que não vemos fundamento na alegação de que seria o juízo federal o competente para a realização daquelas manifestações.

Logo, nesse ponto, discordamos da combativa defesa, acompanhando os entendimentos já apresentados na Justiça Federal, quando o feito de origem por ali tramitou, sustentando ser a Justiça Estadual mineira competente para o caso, até então.

Rejeita-se, portanto, a pretensão de nulidade dos atos processuais a partir do recebimento da denúncia, inclusive.

Nulidade do desmembramento diante da posse de um dos envolvidos como senador federal da República:

No decorrer dos atos iniciais praticados, um dos réus do processo de origem, o denunciado C.S.A., tomou posse no Senado Federal, substituindo E.R., falecido há pouco tempo.

Além de se tratar de fato conhecido, os documentos de f. 173/176 comprovam o acontecido.

A existência de pessoa com prerrogativa de função faz atrair a competência do feito para o órgão judiciário respectivo, sendo, no caso, o egrégio Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102, I, *b*, da Constituição da República de 1988.

Daí se compreende a decisão da douta Juíza de primeira instância, ao determinar o desmembramento do processo, reconhecendo o foro privilegiado do Senador em questão, conforme manifestação de f. 183.

Acontece que referido ato, aquele que determina o desmembramento, é manifestação com certa carga decisória, que somente pode ser adotada pelo órgão competente para tanto, cuidando-se justamente daquele ligado à prerrogativa de função do agente processado.

É certo que o Supremo Tribunal Federal vem mantendo sob sua guarda somente os autos relativos àqueles que ali detêm prerrogativa de função, determinando o seguimento do processo nas instâncias inferiores, quanto aos demais envolvidos, isso por meio, justamente, do desmembramento.

Tanto que o feito de origem, ora em debate, que corre junto à 9ª Vara Criminal Estadual de Belo Horizonte, tem procedência em autos inicialmente aviados junto ao STF, ali se mantendo a ação apenas em relação a E.B.A., único a gozar, então, de foro específico.

Quanto aos demais denunciados, foi determinado o envio de processo desmembrado para as instâncias ordinárias, tratando-se justamente do processo que ora corre junto à apontada 9ª Vara Criminal Estadual.

Contudo, somente aquele Tribunal Superior (STF) pode determinar a cisão dos autos em relação aos réus que não detêm a prerrogativa de função, pois se trata de ato inerente à sua competência, que no caso incide desde a posse do réu C.S.A.

Dessarte, a partir do momento da posse de um dos denunciados como Senador Federal da República, altera-se a competência do juízo, que passa a ser aquela trazida pela prerrogativa de função, não sendo dado decidir o desmembramento, salvo se imbuído o órgão que decide da parcela de jurisdição trazida pelo foro privilegiado.

Dessa maneira, correto o entendimento, em nossa opinião, trazido pelo culto advogado do réu, ao sustentar que o culto Juízo primevo, ora indicado como autoridade coatora, não poderia simplesmente determinar o desmembramento do feito, relegando o ato ao Supremo Tribunal Federal, sede própria para aludido debate, diante da noticiada prerrogativa de função.

Não se descarta, inclusive, eventual mudança no entendimento daquela Corte, por ser a atual composição dos Ministros diferente daquela que vinha decidindo pela possibilidade de desmembramento do feito, passando-se a se interpretar, como outrora, que todos os envolvidos devam ser julgados naquela instância, em virtude da continência intersubjetiva concursal.

De qualquer forma, ainda que mantido o desmembramento, deve o ato ser determinado por aquele Tribunal Excelso (STF), sob pena, realmente, de usurpação de sua competência, na esteira de precedentes já dispostos na petição inicial (f. 09/10).

Optamos aqui por ilustrar nossa convicção por meio de outro julgado trazido naquela Corte, acórdão que se assemelha aos já transcritos pelo culto advogado do réu M.V. na peça que inaugura este *writ*:

> Competência originária. Concurso de pessoas. Hipótese em que um dos acusados é parlamentar. Processamento do feito perante o Supremo Tribunal Federal. Desmembramento do processo, em relação aos demais acusados, que somente será possível após a remessa do inquérito à Suprema Corte e desde que haja declinação de competência para julgamento do feito. - No concurso de agentes, em que um dos acusados é parlamentar, a competência originária para

> processamento do feito é do Supremo Tribunal Federal, em decorrência da existência de continência por cumulação subjetiva. O desmembramento do processo em relação aos acusados que não têm prerrogativa do foro somente é possível após a remessa do inquérito à Suprema Corte e desde que haja declinação de competência para julgamento do feito (STF - *RT* 781/499).

Logo, necessário reconhecer que a decisão de desmembramento por órgão judicial incompetente é nula, cumprindo determinar o envio dos autos, em sua integralidade, e não somente quanto ao réu C., ao Supremo Tribunal Federal.

Sem embargo, entendemos que não é o caso de determinamos a nulidade de todos os atos processuais até então realizados, salvo quanto àquele que determinou a cisão dos autos, como dito.

As manifestações pretorianas vêm mitigando a incidência de nulidade em relação aos atos de instrução, relegando a reiteração somente daqueles que sejam de natureza decisória (art. 567, CPP), aproveitando-se eventual realização de provas, isto mesmo em sede de mácula de ordem absoluta.

No caso em debate, referido juízo se recrudesce, pois, se o Supremo Tribunal Federal mantiver seu entendimento atual, qual seja o de desmembrar a ação penal, o feito de origem ora em curso junto à 9ª Vara Criminal retornará àquele juízo, o que aponta para a nítida possibilidade de ratificação dos atos ali mesmo perpetrados, isto com fulcro no art. 108, § 1°, do Código de Processo Penal.

Dessa maneira, entendemos que o *writ* não pode ser acolhido em toda a sua extensão, não nos sendo autorizado, neste momento, declarar a nulidade de eventuais atos de instrução realizados desde o desmembramento maculado, cumprindo-nos aguardar a sorte do feito de origem, depois de sua remessa ao Supremo Tribunal Federal.

Acerca do tema, destacamos:

> A ratificação a que se refere a lei é aquela referente aos atos probatórios, já que a incompetência do juízo anula os atos decisórios (arts. 564, I, e 567) (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 386).

Assim sendo, rogando licença ao culto patrono do réu, optamos por declarar a nulidade, por incompetência absoluta do juízo, tão só do ato de desmembramento, que há de ser realizado, se for o caso, pelo Supremo Tribunal Federal.

Conclusões:

Por todos os fundamentos acima, decidimos este *habeas corpus* da seguinte forma:

Rejeitamos a preliminar suscitada pelo culto Procurador de Justiça, para conhecer do *habeas corpus*.

No mérito do *writ*, concedemos parcialmente a ordem para declarar a nulidade da decisão de desmembramento do feito, operado quanto ao réu C.S.A., determinando que os autos de origem, referentes à ação penal 0024.09.681796-0, sejam enviados ao egrégio Supremo Tribunal Federal, para que ali seja decidida acerca da cisão ou não do feito criminal em curso, conforme competência determinada pela prerrogativa de função de um dos denunciados.

Sem custas.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo com Vossa Excelência.

DES. DOORGAL ANDRADA (convocado) - Senhor Presidente, eu ouvi também atentamente aqui a brilhante defesa e estou de acordo com Vossa Excelência. E, nessa esteira, acho que fica prejudicado o primeiro requerimento de envio, *data venia*, à Justiça Federal, uma vez que os autos, indo para o Supremo Tribunal Federal, creio que deverá se peticionar ao Supremo Tribunal Federal e ele que irá, se haverá apreciar essa conexão e se haverá essa nulidade feita na Justiça Estadual. É o que entendo, pelo prejuízo do primeiro pedido.

Estou de acordo com Vossa Excelência.

Súmula - CONCEDIDO EM PARTE O *HABEAS CORPUS*.

...

Tortura - Delito praticado por marido contra sua mulher - Sujeito passivo - Esposa - Não enquadramento nas hipóteses do art. 1º, II, da Lei 9.455/97 - Desclassificação do crime para lesões corporais

Ementa: Apelação criminal. Crime de tortura. Absolvição. Delito praticado pelo esposo em desfavor de sua mulher. Sujeito passivo que não se encontra nas hipotéses do art. 1°, II, da Lei 9.455/97. Desclassificação para o delito de lesões corporais que se impõe. Recurso provido em parte.

- Nos termos do art. 1°, II, da Lei de Tortura, o sujeito passivo, necessariamente, deve estar sob a guarda, poder ou autoridade do torturador, existindo, assim, uma relação de subordinação de direito ou de fato. Portanto, se a mulher não está sob o poder ou autoridade do marido, a hipótese não se subsume ao delito de tortura, mas sim ao crime de lesões corporais.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0451.09.013077-9/001 - Comarca de Nova Resende - Apelante: G.A.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. RUBENS GABRIEL SOARES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Rubens Gabriel Soares, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER EM PARTE O RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de maio de 2011. - *Rubens Gabriel Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - G.A.S., devidamente qualificado e representado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções art. 1º, II, c/c § 4º, II, da Lei 9.455/97, c/c o art. 129, § 9º, do Código Penal, porque, no dia 22 de julho de 2009, por volta das 19 horas, no interior da residência localizada no Bairro Alto da Graminha, zona rural da Comarca de Nova Resende/MG, praticou violência física e psicológica, com intenso sofrimento físico e mental, contra sua esposa C.A.M., no âmbito familiar.

Narra a exordial acusatória que a vítima, com então dezessete (17) anos de idade e sob o poder do acusado, teve com este um desentendimento e passou a ser torturada com puxões de cabelo, tapas e socos no rosto e em sua cabeça. Não obstante, G. desferiu vários golpes de um cabo de rodo em suas pernas, vindo esta a cair ao solo, momento em que aquele a impediu de respirar, tampando a sua respiração com as mãos e com um fio em seu pescoço, privando-a de ar, sempre proferindo ameaças de morte contra ela, inclusive na frente da filha do casal (f. 02/04).

A denúncia foi recebida em 14 de setembro de 2009 (f. 51). Após instrução processual, com apresentação de defesa prévia (f. 54/57), oitiva de testemunhas (f. 84/87 e 100/101), interrogatório (f. 88/89) e apresentação de alegações finais das partes (f. 105/110, 113/116), o MM. Juiz sentenciante, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou o acusado nas iras do art. 1º, II, c/c § 4º, II, da Lei 9.455/97, à pena de quatro (4) anos de reclusão, em regime fechado; absolvendo-o do delito do art. 129, § 9º, do Código Penal (f. 117/126).

Inconformada, a defesa recorre (f. 138). Em suas razões, busca a absolvição do réu, ao argumento de ausência de provas hábeis a ensejar uma condenação e sob o fundamento de ausência de tipicidade, haja vista que a suposta vítima não se encontrava sob poder do sentenciado (f. 150/154).

Contrarrazões às f. 157/161, pela manutenção da sentença condenatória.

Instada a manifestar-se, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do apelo (f. 168/193).

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Não há preliminares arguidas pelas partes ou que devam ser declaradas de ofício.

Busca a defesa a absolvição do acusado, ao argumento de ausência de provas hábeis a ensejar uma condenação e sob o fundamento de ausência de tipicidade, haja vista que a suposta vítima não se encontrava sob poder do sentenciado.

A materialidade dos crimes está consubstanciada por meio do boletim de ocorrência policial (f. 11/12), das fotografias acostadas aos autos às f. 15/16, que atestam as agressões suportadas pela ofendida, do auto de apreensão (f. 27/29) e do relatório médico (f. 19), além da prova oral carreada aos autos, se não vejamos.

Quanto à autoria, observa-se, inicialmente, que o acusado negou com veemência a prática da conduta delitiva em questão*, ipsis litteris*:

> [...] Que, permaneceu junto de C., entre namoro e casamento, por volta de um ano e meio; Que, durante o namoro tudo transcorreu na perfeita paz, 'Durante o namoro eu não tenho que falar dela e somente da sogra'; Que, desde o namoro sua sogra, C., interferia no namoro, 'Ela falava que eu era tranqueira, tinha vindo do Paraná e não sabia quem eu era. Falou para C. largar de mim'; Que C., além de 'fazer a cabeça' de sua esposa, também começou a 'jogar' seu sogro contra o declarante, 'Ela jogava a C., meu sogro e todos os familiares dela contra minha pessoa'; Que sua então namorada acabou engravidando, quando, então, resolveu assumir um relacionamento mais sério, levando C. para morar consigo; Que telefonou para a família dela e falou para sua sogra, dizendo que C. iria para a sua casa e no outro dia iriam conversar; Que, questionado se nesse momento falou à sua sogra que C. estava grávida, falou que não; Que, pouco tempo depois, seu sogro encontrou o declarante e C. no meio da rua, próximo ao Fórum local; Que alega que V., seu sogro, lhe ameaçou dizendo que 'não tinha filha para bagunça e sim para um relacionamento sério e se voltasse a fazer aquilo iria se arrepender'; Que, seu sogro levou C. (sua filha) de volta para casa; Que ainda tentou argumentar com o homem dizendo que iria também para a casa dele resolver a situação, ao que seu sogro, segundo ele respondeu 'se fosse até a sua casa o declarante iria se arrepender e não voltar nunca mais', 'Ele também falou que ele não desse conta de mim os familiares dele dariam'; Que, naquele dia foi para sua casa. No outro dia, não foi trabalhar justamente para resolver a situação. Nesse dia, alega que ligou precisamente sessenta e três vezes para C., sendo que sua sogra tomou o aparelho de telefone não deixando a moça atender; Que, nesse mesmo dia, não aguentando mais, foi procurar a namorada na casa dela; Que de tanto insistirem os pais dela acabaram concordando no casamento, porém seu sogro e sogra nunca ajudaram em nada, 'Pelo contrário, só atrapalharam'; Que, afirma convicto que nunca, durante o namoro, sequer chegaram a discutir, muito

menos agredi-la; Que, durante o casamento, afirma que se incomodava com as constantes visitas de sua sogra, 'Minha sogra morava mais na minha casa do que na casa dela. Nós não tinha mais intimidade dentro de casa, faltava só o sogra posar em casa'; Que, mesmo após o casamento, antes ainda de C. dar à luz, procurava sexualmente a esposa, sendo que ela rejeitava o declarante; Que, questionado o que a esposa dizia, respondeu que ela simplesmente falava que não; Que, então, questionado qual era sua reação, frente a negativa da mulher, respondeu que não fazia nada, 'Eu saia para a roça ou as vezes para a casa do meu pai'; Que, mesmo após o nascimento de sua filha, C. continuava rejeitando sexualmente o declarante, sem nenhum motivo; Que, sempre que a mulher o rejeitava, saía para a rua, mas, alega nunca tê-,la agredido nem ameaçado; Que, certa feita, chegou do trabalho cansado e à noite, quando novamente foi procurar sexualmente C., ela, de novo, o rejeitou, quando então perguntou a ela se teria outro 'homem na rua', ao que imediatamente tomou um tapa no rosto desferido pela mulher; Que afirma não ter revidado e saiu para a rua; Que afirma que depois que mudou de casa, para mais próximo dos pais dela, segundo ele pioravam, 'Tinha dia que eu chegava da roça, cansado e com fome e não tinha comida feita. Eu mesmo que tinha que fazer a janta. A C. estava para a casa da mãe dela'; [...] Que, não aguentando mais a situação, perguntou novamente se C. tinha outro alguém, quando, de novo, tomou um tapa na cara e foi empurrado contra o sofá; Que C. disse se o declarante encostasse mais uma vez a mão nela, seus familiares (dela) iriam agredir o declarante; Que, questionado como a moça teria dito isso, sendo que alega não ter nunca a agredido, respondeu 'Ela falou isso no sentido de procurá-la sexualmente'; Que, no mesmo dia, desse segundo tapa e empurrão, confessa que também acabou empurrando C. contra a parede do banheiro; 'Eu só dei empurrão nela e nada mais'; Que, no dia seguinte ao empurrões recíprocos, saiu para trabalhar, logo de manhã, e, quando voltou à tarde, não encontrou mais C. nem sua filha e nem as roupas das duas; Que, imediatamente, foi até a casa de seu sogro, acreditando que C. estava na casa dos pais; Que perguntou ao sogro e sogra onde estava a mulher, ao que foi respondido pelo sogro de que não iriam dizer; [...] Que chamou novamente o sogro que não queria conversa e que não era para o declarante entrar para dentro de casa, pois, senão, não sairia vivo; Que alega que o seu sogro, nesse momento, colocou a mão debaixo do travesseiro, o que acabou assustando o declarante que atirou contra o homem; [...] Que, apresentado fotografias de C. com marcas roxas, respondeu que não sabe, 'Eu não sei dessas marcas roxas, a não ser, se quando empurrei ela contra a parede, se ela bateu em algum lugar'; [...] Que, questionado se a desconfiança que o declarante tinha de estar sendo traído, não era motivo bastante para agredir sua esposa, respondeu que não, 'Se eu tivesse a confirmação de que ela estivesse mesmo me traindo, até que sim. Mas eu nunca relei a mão nela'; Que, apresentada uma camisa roxa e um fio de cobre ao declarante, respondeu, 'Essa camiseta não é da C., é da irmã dela. Não posso falar nada da marca de sangue, vai saber se não é armação. Eu não posso falar nada. Já do fio, eu nunca tinha visto dentro de casa'; Que, questionado o motivo, então, de C. lhe acusar, respondeu, 'Deve ser invenção da cabeça dela, ou a sogra jogando contra eu';[...] (*sic* - f. 32/35).

Sob o crivo do contraditório, o réu continua negando os fatos:

> [...] que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que o interrogando não agrediu a vítima na data do fato. Que não sabe informar quem agrediu a vítima; que na data do fato a vítima morava junto do acusado juntamente com a filha do casal; que reconhece que a foto juntada à f. 15/16 dos autos é da vítima, mas nada tem a declarar com relação às lesões ali relatadas; que não viu a vítima nesse estado; [...] que nunca houve agressão física entre o casal (*sic*/ f. 88/89).

Entretanto, tem-se que a negativa de autoria do acusado não encontra amparo nos autos.

Na primeira vez em que foi ouvida, no Estado de São Paulo, a vítima, C.A.M. relata as agressões por ela sofridas e que teria fugido para outro Estado por se encontrar com medo do réu:

> [...] estou casada com o G. há sete meses e nós temos uma filha de 3 meses. Conheci G., tivemos um namoro rápido e casamos quando eu já estava grávida. Desde o começo do nosso casamento, ele possui temperamento agressivo. Trabalha na lavoura, mas vai trabalhar quando quer. No dia 22.07.2009, eu estava assistindo TV quando chegou da roça. Primeiro ele começou a discutir coisa do passado e que não tinha nada a ver e depois ele começou a me agredir com socos, pauladas (cabo de rodo), e colocou as mãos dele em minha boca para impedir que eu respirasse. Ele pegou um fio de eletricidade e colocou no meu pescoço e tentou me enforcar, foi quando eu pedi pelo amor de Deus e por nossa filha que ele parasse. Fugi para Nova Resende [...] Estou com medo, porque já fui ameaçada de morte por G., quando ele colocou um revólver calibre 22 na minha cabeça.[...] (sic, f. 13).

Novamente ouvida perante a autoridade policial da Comarca de Nova Resende/MG, a ofendida relata com riqueza de detalhes as agressões sofridas e todo o *modus operandi* do réu:

> [...] Que, durante os cinco meses de namoro G. se mostrou uma pessoa carinhosa, porém, ressalta que 'Tinha que fazer as coisas do jeito dele'; Que, questionada se houve qualquer agressão durante tal período respondeu que não; [...] Que durante o namoro acabou ficando grávida, sendo que seus pais aceitaram bem e não obrigaram-na a casar e muito menos ir morar com o G. [...] Que, ressalta que seus pais, até então, nunca discutiram com G. e apenas conversaram bastante; [...] Que, então, casou-se legalmente com G., tudo consentido por seus pais; [...] Que passados dois meses, aproximadamente, depois de casados, G., em tom ameaçador, disse que depois que sua filha nascesse iria começar a bater na informante, 'Ele me disse você vai apanhar de homem, você nunca apanhou'; Que, questionado o motivo de G. ter dito tais palavras, respondeu que, 'As vezes ele queria ter relação e eu não queria porque estava grávida'; [...] Que, questionada se alguma vez descumpriu a vontade de G., respondeu que não, por medo; [...] Que afirma que num determinado dia G. chegou do trabalho da roça e do nada, atirou um recipiente de água, existente na geladeira, em direção à informante, que, felizmente, não acertou; Que afirma que G. se irritava por pouca coisa, 'Quando a gente ia sair, e eu demorava um pouco para me arrumar, tava arrumando a nenê também, ele começava a

> ficar nervoso e me bater. Ele me dava tapa na cara, me jogava na parede'; Que, certa feita, novamente as agressões começaram, outra vez, sem motivo aparente; Que afirma que G. atirou todas as roupas da informante para fora do guarda-roupa, e gritava para a informante ir embora se não iria matá-la, inclusive começou a derramar álcool nas roupas da informante, com o intuito de queimá-las; Que, com uma faca G. gritava, ao lado da filha, que ninguém iria tirar a criança dele e quem tentasse iria morrer, 'Ele não deixava eu ir pegar a criança e ele tava com uma faca na mão; Que, questionada se seus pais sabiam das ameaças e agressões, respondeu que não, 'Eu nunca contei por medo dele fazer alguma coisa. Ele ameaçava demais'; Que, ainda nesse dia, G. trancou a informante, junto dele no banheiro, e desferiu um golpe de faca na parede, bem ao lado de onde estava a informante, 'Ele deu a facada com tudo, bem ao lado de onde eu estava. Ele falou que ia me matar. Mas eu fui agradando ele até que voltou ao normal'; [...] Que lembra-se exatamente da data, dia 22/07/09; dois dias antes do homicídio de seu pai, por volta das 19h, G. chegou da roça e começou a questionar o passado da informante; Que o marido queria saber se a informante já tinha mantido relações sexuais com outras pessoas, sendo que respondia a ele categoricamente que não e ele, por sua vez, insistia em dizer o contrário, 'Eu tinha que falar sim, mesmo sendo mentira, porque senão ele estava começando a ficar nervoso'; Que G. começou a puxar o cabelo da informante, atirando-a no sofá; Que as agressões continuaram com tapas na cara e na cabeça da informante, sentada no sofá indefesa; Que, ato contínuo, G. desferiu um único murro no olho direito da informante, que, inclusive, deixou um sinal arroxeado, conforme se vislumbra perfeitamente na foto; Que seu nariz começou a sangrar, ocasião em que acabou manchando a camiseta que usava naquele dia e, neste ato, apresenta ainda suja com marcas de sangue; Que G. ainda se apoderou de um 'cabo de rodo' e começou a bater nas pernas da informante, dizendo, 'Você nunca tinha apanhado de cabo de rodo, agora vai apanhar'; Que sua filha chorava muito, sendo que G. não deixava a informante ir ajudá-la, 'Eu falava para ele deixar eu ver a nenê e ele não falava nada'; Que, apesar das súplicas da informante, G. continuou a tortura puxando-a para outro quarto; Que, tentando se livrar do marido, tentou fugir, quando G. desferiu uma rasteira na informante, machucando o seu pé; Que não satisfeito com as agressões e a informante prostrada no chão, indefesa, G., com as próprias mãos, tapou a respiração da informante, 'Ele queria me matar mesmo. Tapou o meu nariz'; Que a informante desesperadamente tentava fugir, até que G. desprendeu o fio do ferro de passar roupa e enrolou no pescoço da informante; Que o fio de ferro, que também apresenta neste ato, estava apertando em seu pescoço e o seu marido puxando para outros cômodos da casa, pelo mesmo fio que a sufocava; Que G., arrastando a informante, aproximou da filha e disse, 'Vamos para o outro quarto para ela não ver você morrer e falava para a criança que ela ia ficar sem mãe, mas depois ele arrumaria outra no lugar'; Que, questionava o que dizia, respondeu que não falava nada, até porque não tinha forças, e somente chorava; Que implorava com G. para que não fizesse nada, porque tinha uma filha para criar, até que ele, finalmente, soltou; Que o marido ordenou que a informante fosse para a sala e se sentasse no sofá, o que foi atendido de pronto; Que o marido ainda pegou uma bacia e uma faca e colocou-os próximo da informante que permanecia sentada no sofá; Que G. disse, 'Tá vendo isso aqui, é para parar seu sangue. Você não sabe do que eu sou capaz'; Que foi acalmando aos poucos o marido, até que conseguiu parar a 'sessão tortura'; Que implorava também para que o marido deixasse ver sua filha, que continuava chorando; Que, afirma que naquela noite não conseguiu dormir, de tanto medo, 'Imagina se ele, no meio da noite, pegasse a faca e fosse de novo contra mim. Ia me matar'; Que, no outro dia cedo G. foi trabalhar, quanto então, não aguentando mais a violência do marido, resolveu sair de casa; Que, na rua, encontrou-se com sua avó e juntas, tiveram a idéia de fugir para a cidade paulista de Mococa, onde morava a sua tia; Que explica que resolveu ir para aquela cidade, e não para a casa dos pais, porque tinha medo de G. ir procurá-la na casa de seus pais e ficar pior a situação. Queriam, enfim, ir para longe; Que avisou sua mãe e no outro dia, ou seja, sexta- feira, exatamente no dia do homicídio de seus pais, foi procurar a delegacia daquela cidade e confeccionou o respectivo BO; que, horas mais tarde, recebeu o telefonema de sua irmã A. dizendo que estava no hospital, porque G. tinha estado em sua casa e atirado contra toda sua família; [...] (*sic*, f. 23/26).

Na fase judicial, ratifica as suas anteriores palavras e relata o temor de seu marido:

> [...] que confirma o depoimento prestado perante a autoridade policial, neste ato em alto e bom tom, os quais constam de f. 23/26 dos autos; que, na data do fato, na ocasião em que os mesmos se deram, não havia qualquer outra pessoa na residência do casal, além da declarante, o acusado e a filha dos mesmos de aproximadamente três meses de idade, [...]; que não procurou a polícia das outras vezes em que foi agredida pelo acusado porque tinha medo dele, pois ele é muito perigoso; que até hoje a declarante tem medo do acusado; que só procurou a polícia após ter deixado a residência do casal, pois não pretendia voltar para a casa; que, quando moravam em outra casa, os vizinhos ouviam as brigas do casal; que nunca houve testemunha presencial das agressões perpetradas pelo acusado contra a declarante (*sic*, f. 84).

Faz-se necessário ressaltar, nesse ponto, a dificuldade de se obter elementos probatórios que demonstrem a ocorrência do delito em apreço, uma vez que, geralmente, como no caso em questão, estas se resumem às declarações da vítima, ante a inexistência de testemunhas oculares, na grande maioria das vezes.

Assim sendo, as palavras da vítima passam a possuir grande relevância *in casu* e devem ser consideradas para fins de condenação quando estão em sintonia com os demais elementos probatórios trazidos ao processo.

Nesse sentido:

> Processual penal. Abuso de autoridade. Investigação à margem da lei. Tortura. Depoimento das vítimas. Relevo. Apenação. Repressão geral e específica - Em se tratando de delito praticado às escuras, como ocorre nas investigações policiais à margem da lei, em que suspeitos de delitos são convidados a falar mediante agressões múltiplas, a palavra da vítima assume grande relevo, mormente quando corroborada por ACD (TJMG - Processo nº 1.0000.00.167929-9/000 - Rel. Des. Roney Oliveira - julgamento em 13.04.2000, p. em 17.05.2000 - ementa parcial).

> Crime de tortura. Autorias induvidosas. Materialidade comprovada. Policiais militares que adentram a casa da vítima, colocam-na na viatura policial e a submetem a intenso e prolongado espancamento para 'aprender a não correr da polícia'. Aplicação de castigo pessoal. Caracterização do delito insculpido no inciso II do art. 1° da Lei de Tortura (TJMG - Processo n° 1.0000.00.303429-5/000 - Rel. Des. Luiz Carlos Biasutti - j. em 10.04.2003, p. em 27.05.2003 - ementa parcial).

Corroborando as declarações da ofendida, está o depoimento, sob o crivo do contraditório, de sua mãe C.A.F.M.:

> [...] que nunca presenciou o acusado agredir fisicamente a vítima; que, por várias vezes, viu 'sinais' na pele da vítima e essa ao ser perguntada da origem dos sinais inventava uma desculpa; que após a ocorrência da morte do marido da declarante a declarante voltou a conversar com a vítima e perguntar à mesma o porquê dela nunca haver contado que era espancada pelo acusado, que a vítima respondeu que nunca tinha contado tais fatos à declarante ou a outra familiar porque o acusado lhe ameaçava e ameaçava a todos os familiares; que a vítima tinha medo das ameaças do acusado; [....] (f. 85).

As testemunhas ouvidas na fase judicial, E.J.S. e S.M.B.A., nada acrescentaram para a elucidação do evento criminoso (f. 86).

Portanto, malgrado tenha o réu negado a autoria, diante das firmes e coerentes declarações da vítima e das testemunhas, dúvidas não há da ocorrência dos fatos narrados na inicial praticados por aquele.

Além do mais, as fotografias e o relatório médico acostado às f. 15/19 comprovam as agressões sofridas pela vítima.

Nesse ponto, mister ressaltar que o aspecto da qualidade do sujeito ativo do crime de tortura trata-se de crime próprio. Porém, só exige uma condição especial do sujeito ativo, qual seja apenas pode ser praticado por pessoa que tenha a vítima sob sua guarda, poder ou autoridade.

Assim, ciente das divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca se somente poderia ser praticado por agente público, necessário tecer algumas considerações.

Cediço que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, no tocante a esse delito, quais sejam Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, qualificam os autores do crime como funcionários públicos ou que exerçam a função de agente público.

Lado outro, o tipo penal previsto na Lei n° 9.455/97 não exige para o sujeito ativo a condição de funcionário público, seja ele policial, agente penitenciário ou não, visto que não se refere a nenhuma qualidade especial do autor, podendo ser praticado por qualquer pessoa.

Nesse contexto, muitos entendem ser a lei federal inconstitucional por ferir tais tratados, com *status* de norma constitucional.

Ora, o fato de tratados internacionais tão só fazerem alusão à figura do funcionário público como sujeito ativo do crime de tortura não limita o legislador nacional em sua competência para ampliar, por meio de lei ordinária, o rol dos possíveis agentes. Os arts. 16 da Convenção Interamericana e 1° da Convenção contra a Tortura da ONU não impedem que a legislação infraconstitucional contenha dispositivo de caráter mais amplo.

Sobre o tema, confira-se precedente desta Corte:

> [...] Não concordo, entretanto, com o ilustre orador, quando diz que a norma, tal como posta na legislação pátria, estaria a contrariar os tratados assinados pelo Brasil, que se comprometeu a cumpri-los e segui-los.
> Afronta haveria se o legislador pátrio tivesse limitado o alcance da lei resultante do tratado internacional, mas não há afronta se a lei brasileira, além de acolher a norma internacional, às inteiras, aumenta o seu campo de incidência, tal como aconteceu no caso do crime de tortura.
> [...]
> Se é cabível discutir a vontade do legislador quando as normas que o julgador aplica ao caso concreto deixam alguma margem de dúvida, impossível fazê-lo se a vontade do legislador está expressa, constante de norma escrita. Não cabe ao juiz deixar de ler o que está escrito, nem ler aquilo que não está escrito. É o caso típico da matéria ora posta em debate (Embargos Infrigentes 1.0000.00.140526-5/000 - Rel. Des. Gudesteu Biber - p. em 27.04.1999).

> Recurso em sentido estrito. Crime de tortura. Configuração. Sujeito ativo. Agente público. Inexigibilidade. Crime comum. Recebimento da denúncia. Recurso provido. - I - Havendo elementos satisfatórios em relação à materialidade e a indícios suficientes de autoria do delito, deve ser recebida a denúncia oferecida pelo Ministério Público, diante da inexistência de causa de rejeição (CPP, art. 395). - II - O delito de tortura é classificado como comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, sendo que a execução do crime por agente público configura tão somente causa de aumento de pena. - III - A diferenciação entre o crime de tortura e o de maus-tratos deve ser dirimida perquirindo-se o elemento volitivo. Se a ação do agente foi motivada pelo desejo de corrigir, muito embora o meio utilizado para tanto tenha sido desumano e cruel, tem-se a configuração do delito de maus-tratos. Porém, se a conduta do agente demonstra que a sua intenção era submeter a vítima a sofrimento atroz, físico ou mental, para obtenção de qualquer coisa ou para servir de castigo por qualquer razão, a tortura está caracterizada (Recurso em Sentido Estrito n° 1.0687.09.069836-0/001 - Rel. Des. Júlio Lorens - p. em 16.11.2010).

Destaque-se, por fim, que, nos termos do art. 5°, § 2°, da Constituição Federal, o crime de tortura visa a tutelar um dos mais preciosos direitos fundamentais da pessoa humana e, como tal, amplia a tutela internacionalmente garantida.

Assim, o entendimento de que o crime de tortura pode, em tese, ser praticado não só por funcionário

público, mas por qualquer pessoa, está em pleno acordo não só com a Constituição, mas também com as normas internacionais.

Todavia, pedindo vênia para o il. Sentenciante, verifica-se a impossibilidade de submissão da conduta do réu ao delito de tortura, se não vejamos.

O ora recorrente restou condenado nas sanções do art. 1º, II, c/c § 4º,II, da Lei 9.455/97, que assim dispõe:

> Art. 1º Constitui crime de tortura:
> I - [...]
> II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos.
> § 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:
> [...]
> II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; [...].

Registre-se que, na sentença ora guerreada, o Juiz primevo entendeu que a vítima se encontrava sob a autoridade do réu, por ser este o seu cônjuge, *verbis*:

> [...] De outra banda, no caso em tela, o crime de tortura foi caracterizado pela violência e grave ameaça, com a finalidade de impor castigo pessoal que causaram sofrimento físico e mental à vítima, pessoa que estava sob a autoridade do acusado (cônjuge). Isso porque, restou claramente comprovado no caderno processual que o acusado feriu a vítima após essa declarar que teve experiências sexuais anteriores ao relacionamento com o acusado, ou seja, as agressões ocorreram como forma de castigo pessoal. [...] (f. 128).

Ora, em que pese a vítima, à época dos fatos contar com apenas dezessete (17) anos, ela era casada legalmente e não se encontrava sob a autoridade de seu esposo.

O Representante Ministerial ressaltou que ''a ofendida contava com 17 anos quando foi submetida à tortura pelo apelante, o qual, em razão da idade da ofendida, exercia sobre ela controle absoluto, portanto a mantinha sob seu poder" (f. 160), o que foi corroborado pelo Órgão de Cúpula (f. 172/173).

Contudo, segundo o renomado Guilherme de Souza Nucci, ao comentar a Lei da Tortura, esclareceu que:

> Análise do núcleo do tipo: submeter significa dominar, sujeitar dobrar a resistência. O objeto é a pessoa que está sob a guarda (vigilância), poder (força típica da autoridade pública) ou autoridade (força advinda de relação de mando, inclusive da esfera cível, como o tutor em relação ao tutelado, o curador no tocante ao curatelado e mesmo o pai em relação aos filhos menores) '(*Leis penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 737/738).

Ora, depreende-se, pois, que a mulher não está sob o poder ou autoridade do marido.

Assim, analisando as condutas do art. 1º, infere-se que no inciso II o sujeito passivo, necessariamente, deve estar sob a guarda, poder ou autoridade do torturador, existindo, assim, uma relação de subordinação de direito ou de fato.

Portanto, não configura tortura, em regra, a violência doméstica contra a mulher, e sim crimes de lesões corporais, constrangimento ilegal, tentativa de homicídio, etc.

Verifica-se, assim, que, por mais que a conduta do réu seja reprovável e repugnante, a ausência do elemento de estar sob autoridade não constitui o delito em tela.

Do exposto, desclassifico a conduta do apelante, tipificada como sendo o delito do art. 1º, II, c/c § 4º, II da Lei nº 9.455/97, para o crime do art. 129, § 9º, do Código Penal.

Passo à dosimetria da pena: analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, entendo que a culpabilidade está evidenciada, sendo bastante reprovável; o réu é primário e possui bons antecedentes, conforme certidão de antecedentes criminais de f. 48; sua personalidade e conduta social não foram objeto de investigação dos autos, inexistindo dado desfavorável; os motivos e circunstâncias do crime são inerentes ao próprio tipo ora cogitado, as consequências foram graves, tendo a vítima sofrido vários ferimentos, impondo a esta intenso sofrimento físico e mental. Por fim, a vítima em nada contribuiu para a prática do crime.

Do exposto, na primeira fase fixo a pena-base em seis (06) meses de detenção, *quantum* esse suficiente e necessário para reprovação e prevenção do crime.

Na segunda fase, não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Na terceira fase, inexistentes causas de aumento e diminuição, torno a pena definitiva em seis (6) meses de detenção.

Fixo o regime inicial aberto para cumprimento da pena, a teor do que dispõe o art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

O réu não faz jus à substituição da pena ou ao *sursis*, porquanto não preenche os requisitos previstos nos arts. 44, I, e 77, II, ambos do Código Penal.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, para desclassificar a conduta de G.A.S. do art. 1º, II, c/c § 4º, II, da Lei 9.455/97 para o art. 129, § 9º, do Código Penal, nos termos deste voto.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA e FURTADO DE MENDONÇA.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

...

Suspensão condicional do processo - Revogação - Oitiva prévia do acusado - Ausência - Ofensa ao princípio do contraditório - Anulação - Art. 89, § 5º, da Lei 9.099/95 - Extinção da punibilidade - *Habeas corpus* - Concessão da ordem

Ementa: *Habeas corpus*. Coação no curso do processo. Revogação da suspensão condicional. Desrespeito ao princípio constitucional do contraditório. Anulação. Necessidade. Extinção da punibilidade (art. 89, § 5º, Lei nº 9.099/95). Necessidade. Concessão da ordem.

- A revogação da suspensão condicional do processo, sem a oitiva prévia do acusado, configura patente afronta ao princípio constitucional do contraditório, pelo que deve ser anulada a decisão. Precedentes STJ.

- A verificação do cumprimento das condições deve ser feita durante o período de prova. Ao término do prazo, cabe ao juízo tão somente decretar a extinção da punibilidade (art. 89, § 5º, da Lei 9.099/95), caso não tenha havido a revogação do benefício.

Ordem concedida.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.11.013355-0/000 - Comarca de Juiz de Fora - Paciente: E.M.R.C. - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juiz Fora - 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, sob a Presidência do Desembargador Alexandre Victor de Carvalho, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER A ORDEM PARA ANULAR A DECISÃO DE FOLHAS 352/353 (317/318 DOS AUTOS ORIGINAIS) E, EM CONSEQUÊNCIA, DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE DA PACIENTE, NOS TERMOS DO ART. 89, § 5º, DA LEI 9.099/95.

Belo Horizonte, 5 de abril de 2011. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - 1 - Relatório.

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado João Donizetti de Oliveira, em favor de E.M.R.C., qualificada nos autos.

Alega o impetrante, em suma, que o feito originário, movido contra a paciente, perdura há mais de 10 (dez) anos, sendo certo que há clara afronta ao princípio constitucional da razoável duração do processo, sendo, pois, de rigor a sua imediata extinção.

De outro norte, alega que uma das condições impostas, quando do oferecimento da suspensão condicional do processo, foi o pagamento de prestação pecuniária no valor de R$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), o que representa patente constrangimento, visto que contraria o espírito do próprio instituto ao aplicar pena sem que haja processo.

Por fim, invoca a exegese contida no art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95 para ver declarada a extinção da punibilidade.

À exordial de f. 02/19, foram colacionados os documentos de f. 20/417.

O pedido liminar foi indeferido pelo então plantonista, culto Des. Marcílio Eustáquio Santos (f. 421/423).

Requisitada a prestar as necessárias informações, a autoridade apontada como coatora manifestou-se, via *fac-símile*, às f. 430/432, vindo, posteriormente, os originais e documentos de f. 438/452.

Instada a se pronunciar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou para que seja dado como prejudicado o pedido (f. 434/436).

É o relatório.

2 - Conhecimento.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do pedido.

3 - Fundamentação de mérito.

Inicialmente, verifico a existência de patente ilegalidade na decisão que revogou o benefício da suspensão condicional do processo e decretou, na mesma oportunidade, a prisão preventiva da paciente (f. 352/353).

Houve, a meu sentir, flagrante desrespeito ao princípio constitucional do contraditório, já que as razões apresentadas pela paciente para o não cumprimento das condições aceitas foram somente apreciadas depois de já efetivada sua prisão, conforme se infere dos documentos de f. 325/344.

Nesse sentido:

> *Habeas corpus*. Suspensão condicional do processo. Descumprimento de uma das condições estabelecidas. Revogação do benefício sem prévia intimação do acusado. Ofensa ao contraditório e a ampla defesa. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. 1. É evidente o constrangimento ilegal contra o paciente, que teve o *sursis* processual revogado, sem que lhe fosse dada a oportunidade de se justificar sobre os motivos do descumprimento da condição de comparecimento mensal em juízo, em ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que contraria o devido processo legal a decisão que revoga a suspensão condicional do processo sem prévia manifestação do acusado. 3. Ordem concedida a fim de anular a revogação da suspensão condicional do processo, determinando-se a prévia intimação do

> paciente a fim de que possa se manifestar acerca dos motivos que deram causa ao descumprimento da condição imposta. (STJ, *HC* 174.870, Proc. 2010/0099813-0, SP, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julg. em 28.09.2010, *DJe* de 18.10.2010).

Por tais razões, anulo a decisão de f. 352/353 (317/318 - autos originais).

Sendo assim, diante da não produção de seus efeitos, especialmente aquele relacionado à suspensão do benefício, tenho que deve ser declarada extinta a punibilidade, diante do comando expresso no art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95, mormente se considerado o lapso temporal de quase 5 (cinco) anos entre a prolação do referido *decisum* e o cumprimento do mandado de prisão expedido.

É que a norma contida no referido dispositivo é muito clara, a meu sentir:

"Art. 89. [...]

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará a extinção da punibilidade".

Não há outra exegese para o dispositivo: o não cumprimento das condições sursitárias, entre elas o não comparecimento do réu em juízo, tem que ser aferido dentro do período de prova, porque, como resta óbvio, após decorrido este prazo sem revogação, a decretação de extinção da punibilidade é automática.

Portanto, o momento certo de se discutir descumprimento de condições sursitárias é durante o período de prova, nunca após o seu encerramento.

Certo é que se aplica analogicamente a regra do art. 82 do Código Penal, relativa à suspensão condicional da pena, instituto irmão gêmeo do *sursis* processual. Quanto a esta regra, observe a lição de Mirabete:

> Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade (art. 82), devendo o juiz declarar extinta a pena privativa de liberdade. Isso quer dizer que está extinta a pena pelo decurso do prazo do *sursis* e, mesmo que se apure que o sentenciado não tinha direito à sua concessão (por uma condenação anterior ignorada, por exemplo) não será mais possível a revogação do benefício (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. V. 1, p. 329).

Por fim, sobre o assunto, vem-se manifestando este Sodalício:

> Lesões corporais - Suspensão do processo - Período de prova esgotado - Revogação posterior do benefício - Impossibilidade - Recurso não provido. - Esgotado o prazo de suspensão do processo sem revogação, cumpre decretar a extinção da punibilidade, sem maiores discussões a respeito de eventual descumprimento de quaisquer das condições impostas ao réu (TJMG - Des. José Antonino Baía Borges - RSE nº 1.0183.00.011963-0/001 - publicação em 24.05.2006).

> Penal - Suspensão condicional da pena - Transcurso do prazo sem revogação - Extinção da punibilidade. - Expirado o prazo do *sursis* processual sem sua revogação, o que só é possível durante o período de prova, independentemente do cumprimento integral das condições impostas, na conformidade do previsto no § 5º do art. 89 da Lei nº 9.099/95, impõe-se a decretação da extinção da punibilidade do agente. Recurso improvido. (TJMG - Des. Antônio Armando dos Anjos - RSE nº 2.0000.00.490458-1/000 - publicação em 25.02.2006.)

Dessarte, concedo a ordem para anular a decisão de f. 352/353 (317/318-autos originais) e, consequentemente, decretar extinta a punibilidade da paciente, nos termos do art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95.

É como voto.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO VERGARA e EDUARDO MACHADO.

Súmula - CONCEDERAM A ORDEM PARA ANULAR A DECISÃO DE FOLHAS 352/353 (317/318 DOS AUTOS ORIGINAIS) E, EM CONSEQUÊNCIA, DECLARARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE DA PACIENTE, NOS TERMOS DO ART. 89, § 5º, DA LEI 9.099/95.

...

Tráfico de drogas - Associação - Interceptações telefônicas - Prorrogações sucessivas - Possibilidade - Nulidade - Não ocorrência - Coautoria - Denúncia - Fatos narrados - Conduta de cada agente - Inexistência de particularização - Admissibilidade - Descrição sucinta - Cabimento - Inépcia - Inexistência - Inquérito policial - Fusão - Prova emprestada - Ausência - Autoria e materialidade - Prova - Condenação - Desclassificação do crime para os delitos dos arts. 28 ou 33, § 3º, da Lei 11.343/06 - Não cabimento - Organização criminosa - Causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 - Inaplicabilidade - Crime hediondo - Regime de cumprimento da pena inicialmente fechado - Pena privativa de liberdade - Substituição por pena restritiva de direitos - Possibilidade

Ementa: Tráfico de drogas. Interceptação telefônica. Nulidade. Inexistência. Prorrogações sucessivas. Possibilidade. Complexidade do caso. Denúncia. Inépcia. Descrição sucinta da conduta. Cabimento. Prova emprestada. Ausência. Fusão de inquéritos policiais.

Prova suficiente. Condenação mantida. Desclassificação para os crimes dos arts. 28 ou 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06. Não cabimento. Aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade. Corréus integrantes de organização criminosa. Regime prisional. Abrandamento. Impossibilidade. Crime hediondo. Substituição da pena. Possibilidade.

- Não se há de falar em nulidade de interceptações telefônicas feitas com autorização judicial e prorrogadas, dada a complexidade dos delitos, de forma fundamentada.

- Em se tratando de vários acusados, admite-se que na denúncia os fatos sejam narrados sem a particularização da conduta de cada agente, remetendo-se para a instrução criminal a apuração detalhada de cada ação criminosa.

- Não há que falar em prova emprestada se, na verdade, houve fusão dos inquéritos policiais e ofertou-se apenas uma denúncia, englobando os fatos neles apurados.

- Diante de elementos cabais de prática dos atos ilícitos, descritos na denúncia, configuradores dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, é de se confirmar a condenação dos acusados pela prática dos referidos crimes, não se podendo falar, portanto, em absolvição ou desclassificação.

- Não se tem como aplicar a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 a corréus que integram organização criminosa.

- O regime prisional, no caso de crime hediondo, é o inicialmente fechado.

- Se a ré possui bons antecedentes e é primária e se as circunstâncias do caso concreto em relação a ela não se revestem de especial gravidade, há que se substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, mesmo em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0166.09.024624-9/001 - Comarca de Cláudio - Apelantes: 1º) M.R.F.R., 2º) S.E.A., 3º) J.P.A.S., 4º) J.E.F. - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: V.G.S. - 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, sob a Presidência do Desembargador José Antonino Baía Borges, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO 1º RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AOS DEMAIS. COMUNICAR.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2011. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - A r. sentença de f. 1.144/1.222 condenou os seguintes réus, pela prática dos seguintes crimes, às seguintes penas:

M.R.F.R.:

- crime do art. 33 c/c §4º da Lei nº 11.343/06: 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime semiaberto, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa;

S.E.A.:

- crime do art. 33 c/c art. 40, VI, ambos, da Lei nº 11.343/06: 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa;

- crime do art. 35 c/c art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06: 3 (três) anos e 6 (seis) de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 815 (oitocentos e quinze) dias-multa;

J.P.A.S.:

- crime do art. 33 c/c art. 40, VI, ambos, da Lei nº 11.343/06: 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa;

- crime do art. 35 c/c art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06: 3 (três) anos e 6 (seis) de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 815 (oitocentos e quinze) dias-multa;

J.E.F.:

- crime do art. 33 c/c art. 40, VI, ambos, da Lei nº 11.343/06: 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa;

- crime do art. 35 c/c art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06: 3 (três) anos e 6 (seis) de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 815 (oitocentos e quinze) dias-multa.

Todos os réus acima apelaram da decisão, apresentando suas razões recursais, onde requereram:

- M.: a desclassificação de sua conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei 11.343/06. Alternativamente, pediu a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (f. 1.301/1.308);

- S.: em preliminar, arguiu a nulidade do feito, em razão de não ter tido acesso à degravação da intercep-

tação telefônica antes da prolação da sentença. No mérito, pediu sua absolvição, em face da ausência de prova da materialidade. Aduz, ainda, que a denúncia e a sentença não apontam a conduta típica a ele imputada, além de insuficientes as provas. Alternativamente, pediu sua absolvição em relação ao crime de tráfico de drogas, diante da ausência de prova da materialidade, mantendo-se a condenação apenas pelo delito de associação. Por fim, pugnou pela exclusão da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei 11.343/06, porque não comprovado que tenha ele se associado a qualquer menor, fixando-se a pena mínima (f. 1.372/1.384).

- J.P. e J.E.: em preliminar, arguiram a inépcia da denúncia, em razão da não individualização das condutas, alegando, ainda, a ausência de prova da materialidade, decretando-se o trancamento da ação penal. Arguiram, também, a nulidade da sentença em razão da ausência de materialidade. Arguiram, afinal, a nulidade do processo, pautado em provas ilícitas e em prova emprestada irregular. No mérito, pediram sua absolvição quanto aos delitos de tráfico e associação, em face da insuficiência de provas. Caso contrário, se mantida a condenação, que seja apenas pelo tráfico privilegiado - § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 -, absolvendo-os do crime de associação pelo motivo retromencionado, fixando-lhes o regime aberto. Requereram, ainda, a concessão do *sursis* ou a substituição da pena corporal por restritivas de direitos. Por fim, não sendo acolhidas quaisquer das teses anteriores, que seja, então, decotada a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei 11.343/06, nem sequer descrita na denúncia, fixando-se o regime inicial semiaberto (f. 1.473/1.552 e 1.554/1.626).

Contrarrazões às f. 1.405/1.416, 1.392/1.404 e 1.669/1.720, opinando pela confirmação da sentença, em todos os seus termos.

A d. Procuradoria manifestou-se pelo não provimento dos recursos.

Conheço dos recursos.

De início, registro que o corréu F.D.F. também apelou da decisão; no entanto, veio a falecer posteriormente, sendo declarada extinta a punibilidade (f. 1.237 e 1.736).

O feito foi desmembrado em relação a V.G.D. (f. 1.737-v.).

O corréu M.R.R.M. foi absolvido.

Como os apelos se mostram, de certa forma, pelo menos, entrelaçados, passo a examiná-los simultaneamente.

Preliminares.

I - Nulidade da interceptação telefônica.

Examino, primeiramente, a preliminar de nulidade das interceptações telefônicas, suscitada por todos os recorrentes, exceto M.

Ao exame dos autos, verifica-se que as interceptações telefônicas foram produzidas a partir da devida autorização judicial, motivada, inicialmente, pela notícia de prática habitual do crime de tráfico de drogas pelo réu J.E.

No curso do procedimento em questão, surgiu a suspeita de associação entre J.E. e F.D.F., sendo requerida e autorizada a interceptação telefônica em relação a este também.

Ao longo das investigações descobriu-se que J.E. havia mudado seu número de telefone, sendo, então, deferida a quebra de sigilo do novo número, o que também ocorreu em relação a F.

É fato que tais interceptações foram prorrogadas por várias vezes, o que não macula a prova produzida, em razão da absoluta necessidade da investigação, dada a quantidade de pessoas envolvidas e a complexidade do caso.

Registre-se, ainda, as manobras dos investigados para dificultar as investigações, pois, desconfiados de estarem sendo monitorados, mudaram de número telefônico, o que pode se constatar, das próprias transcrições telefônicas, onde há vários diálogos nesse sentido.

Tudo isso justifica a prorrogação da medida, visando a garantir o sucesso das investigações.

Outro não é o entendimento jurisprudencial:

> *Habeas corpus* liberatório. Estelionato contra a previdência social. Formação de quadrilha. Interceptações telefônicas e prorrogações autorizadas por decisões fundamentadas. Indispensabilidade para as investigações. Quadrilha estável e articulada voltada para a fraude na concessão de benefícios previdenciários. Prisão preventiva. Indícios de autoria e prova da materialidade do delito. Garantia da ordem pública e da instrução criminal. Ameaça às testemunhas. Integridade da prova. Necessidade de desmantelamento do grupo, que, mesmo após a prisão de alguns investigados, continuava a delinquir. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.
> 1. Ausente, *in casu*, irregularidade no deferimento das interceptações telefônicas pelo Juízo Federal, que justificou suficientemente a imprescindibilidade da medida para o sucesso das investigações, que cuidava de apurar a atuação de quadrilha estável e estruturada especializada em fraudes na obtenção/concessão de benefícios previdenciários. As decisões de prorrogações, de igual, encontram-se suficientemente fundamentadas, e objetivaram, principalmente, identificar todos os envolvidos na prática dos referidos delitos e revelar por inteiro o *iter* criminoso.
> 2. Reveste-se de razoabilidade o tempo de duração das interceptações (aproximadamente 1 ano), pois intrincadas as relações estabelecidas, além de expressivo o número de pessoas envolvidas.
> 3. A legislação infraconstitucional (Lei 9.296/96) não faz qualquer limitação quanto ao número de terminais que podem ser interceptados, ou ao prazo de renovação da medida; tudo irá depender do tipo de investigação a ser feita - quanto mais complexo o esquema criminoso, maior é a necessidade da quebra do sigilo telefônico, de mais pessoas e por mais tempo, com vistas à apuração da verdade que interessa ao processo penal. Precedentes.
> 4. A constrição cautelar dos pacientes encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública e na con-

veniência da instrução criminal, tendo em vista a necessidade do desmantelamento de complexa organização criminosa instalada por vários anos na agência do INSS, de modo a cessar a prática de tais delitos, que continuaram a ser praticados mesmo após a prisão de alguns dos investigados, a demonstrar a propensão delitiva. Apurados, ainda, fatos concretos de ameaças às testemunhas, destacando-se a possibilidade de sumiço ou alteração da prova, dado o poder de influência de diversos investigados, alguns membros da elite política local, o que torna imperiosa a segregação preventiva também por conveniência da instrução criminal.
5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.
6. Ordem denegada.

Em outro sentido não é a decisão deste Tribunal de Justiça, proferida na Apelação Criminal nº 1.0701.03.040966-1/002, de que foi Relator o eminente Des. Antônio Carlos Cruvinel (julgamento dia 4.9.2007).

Assim, justificadas foram as prorrogações feitas.

Ainda quanto às interceptações realizadas, não é necessária, para autorização do procedimento em questão, a instauração prévia de inquérito policial, pois a Lei 9.296/96 exige apenas que haja indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal, o que foi perfeitamente demonstrado pela autoridade policial quando de seu requerimento.

Penal. *Habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico. Interceptação telefônica. Nulidade. Não ocorrência. Excesso de prazo da instrução criminal. Feito complexo. Pluralidade de réus. Prisão preventiva. Fundamentação inidônea. Tráfico de entorpecentes. Liberdade provisória. Vedação. Ordem denegada.
I - Inexiste nulidade na determinação de interceptação telefônica anteriormente à instauração do inquérito policial em hipótese na qual há suficientes elementos indicativos da participação dos pacientes na prática dos delitos imputados, obtidos após prisão em flagrante de membro da organização criminosa.
II - Desde que devidamente fundamentada, não há irregularidade nas sucessivas prorrogações da interceptação telefônica por novos prazos de quinze dias.
III - Hipótese de processo que tramita regularmente, tendo sido retardado apenas em parte, em virtude da complexidade do feito, tendo em vista a pluralidade de réus e a necessidade de expedição de cartas precatórias, diligências sabidamente demoradas, bem como pela observância ao procedimento e às formalidades legais. Por aplicação do princípio da razoabilidade, justifica-se o breve atraso no andamento do processo-crime, quando a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, não estando configurada, portanto, flagrante ilegalidade.
IV - A existência de indícios de autoria e prova da materialidade, a simples menção aos requisitos legais da segregação, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados aos pacientes não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.
V - A despeito da fundamentação deficiente da decisão que decretou a prisão preventiva, esta deve ser mantida em virtude da vedação ao direito de liberdade provisória aos acusados pela prática do delito de tráfico de drogas.
VI - Deve prevalecer o entendimento consolidado no âmbito desta Turma no sentido da existência de vedação expressa à concessão do benefício aos acusados pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, uma vez que, embora o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 601.384/RS, tenha se manifestado pela existência de repercussão geral, a questão constitucional ainda não foi dirimida (Precedentes).
VII - Ordem denegada. (STJ - 5ª Turma - *HC* 170429 - *DJe* de 21.02.2011.)

Por fim, aduzem as defesas que não tiveram acesso aos autos referentes às interceptações telefônicas antes da prolação da sentença, o que não tem qualquer fundamento.

Como bem destacado pelo Ministério Público em suas contrarrazões, os autos de interceptações telefônicas não foram apensados aos principais por razões práticas, ou seja, para facilitar o manuseio destes, que possuem oito volumes.

Além disso, constata-se destes autos que, desde o início da ação penal, as defesas tiveram livre acesso às transcrições, conforme f. 536, sem se olvidar de que foram elas mencionadas por diversas vezes nos autos, como por exemplo na denúncia, no pedido de prisão cautelar, dentre outros.

Importante salientar que o próprio apelante S., que arguiu a nulidade em exame, mencionou as transcrições em suas alegações finais, nas quais, em momento algum, se insurgiu quanto a tal questão.

Rejeito a preliminar.

II - Inépcia da denúncia.

Os apelantes J.P. e J.E. alegam que a denúncia é inepta, pelo menos com relação a eles, porque não descreveu, de modo suficiente, a conduta a eles imputada.

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Não é inepta a denúncia que, ao imputar a prática de delito societário aos acusados, deixa de individualizar pormenorizadamente a conduta de cada um deles, mas fornece dados suficientes à admissibilidade da acusação, permitindo a adequação típica (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso) (STJ - R*HC* 17523-PE - 5ª T. - Rel. Min. Felix Fischer - *DJU* de 22.08.2005 - p. 305).

Nesse sentido, a doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete, in *Código de Processo Penal interpretado*, 2. ed.:

O crime de autoria coletiva não obriga a denúncia a pormenorizar o envolvimento de cada réu, bastando a narrativa genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa (p. 89).

No caso dos autos, a denúncia descreveu, de modo suficiente, a conduta imputada aos apelantes, possibilitando o necessário conhecimento da acusação e a devida defesa.

Rejeito a preliminar.

III - *Irregularidade da prova emprestada*.

Insurgem-se os apelantes, exceto M., quanto ao apensamento dos autos nº 0166.09.024623-1 e 0166.09.024222-2, aduzindo serem inadmissíveis tais provas emprestadas, uma vez que se trata de procedimentos já arquivados e estranhos aos presentes autos.

Entretanto, analisando os referidos apensos, verifica-se que tratam eles dos mesmos fatos narrados na denúncia e, como bem examinado pelo d. Juiz sentenciante, em decisão proferida na audiência de instrução e julgamento, à qual me reporto (f. 730), não há qualquer óbice ao aproveitamento deles como prova emprestada.

Frise-se que os réus tiveram livre acesso aos autos apensos, o que também foi destacado pelo d. Magistrado, não sendo necessária a intimação da defesa do apensamento.

Assim, afasto a preliminar.

Mérito.

Todos os apelantes alegam que não há prova que permita a condenação.

O réu J.E.F. negou as práticas delituosas, afirmando ser apenas usuário, mesmo assim, eventual. Quanto aos corréus, disse conhecê-los superficialmente, dizendo: que conheceu J.P. da cidade de Cláudio/MG, sendo que já fizeram algumas "farras" juntos. A respeito do corréu F., disse conhecê-lo pouco, não obstante tenha ele morado perto de sua casa, isso porque trabalhava o dia todo. Em relação à M., afirmou que tiveram um relacionamento amoroso por cerca de um mês, ressaltando que usavam drogas juntos. No que tange ao corréu S., disse tê-lo conhecido na cadeia, quando de suas prisões em razão da "Operação Carcará", assegurando que nunca o tinha visto antes, nem ouvido falar de seu envolvimento com drogas. Acrescentou que ficou surpreso com a prisão de S.E., porque o "S." de quem adquiria drogas é gordo e tem um Monza preto, destacando que ele reside em Divinópolis e trazia o entorpecente para fornecê-lo na cidade de Cláudio. Informou que sempre comprou entorpecente na cidade de Cláudio, não precisando se deslocar para fazer tal aquisição. Destacou que comprava a quantidade necessária para usar em uma noite, ou seja, entre dez e vinte gramas. Ressaltou que não se recorda da pessoa de "R." ou que tivesse recebido ligações deste. Assegurou que não comprava droga por rateio, nem pedia a outros usuários que a adquirissem para ele, esclarecendo que "é cada um por si", pois os usuários não confiam um no outro, ficando com medo de fornecer o dinheiro para aquisição do entorpecente e serem enganados. Informou que, depois de reatar com sua esposa, no final de 2008, não fez uso de droga, nem teve mais contato com seu fornecedor "S.". Confirmou que, ao comprar cocaína de "S.", perguntava-lhe se a medida viria certa, quando tomou conhecimento de que uma colher de sopa normal equivale a dez gramas da droga. Quanto à sua confissão em sede policial, inicialmente, disse que o policial "E." leu suas declarações no computador e lhe deu apenas a última folha para assinar. No entanto, ao lhe serem apresentadas todas as folhas que continham suas declarações devidamente assinadas, afirmou que não se recordava de ter assinado todas as vias, destacando que não teve acesso a elas para leitura, mas somente para assiná-las (f. 779/782).

Em sede policial, o réu J.E. confessou que no ano de 2008 realmente estava traficando droga; no entanto, no período em que foi preso (09.06.2009), já havia parado de comercializar tal substância ilícita. Informou que adquiria o entorpecente que comercializava de fornecedores das cidades de Divinópolis e Nova Serrana. Esclareceu que tinha contato com os fornecedores apenas por telefone, sendo que eles deixavam a droga em um mato, na entrada do "Povoado do São Bento", onde também ele deixava o pagamento referente ao produto adquirido. Ressaltou que vendia apenas cocaína. Quanto ao corréu J.P., vulgo X., disse que, certa vez, ele lhe deu uma carona até a "zona", onde o deixou e foi em direção à cidade de Itapecerica/MG, no entanto assegurou que nunca lhe pediu carona para comprar drogas, nem fornecia a ele tal substância. Informou que o indivíduo alcunhado "B.", com o qual manteve alguns diálogos, segundo consta das transcrições telefônicas, é um grande amigo seu, da cidade de Itaguara/MG, mas não sabe dizer se ele é usuário ou traficante. Informou, ainda, que conhece a pessoa de "R.", que era seu fornecedor na cidade de Divinópolis. Ressaltou que certa vez, o "R." foi a Cláudio/MG, para fazerem um acerto, ocasião em que mentiu para ele, dizendo que estava preso (f. 114/116).

A par disso, têm-se as transcrições telefônicas, em especial, às f. 138/142, 144/150, 152/157, 159/161, 163/175, 178/179, 181/188, 318, 320, 333/334, 336, 344, 347/348 e 354, que revelam, de forma contundente, seu envolvimento no tráfico de drogas.

A confissão extrajudicial aliada às transcrições acima destacadas demonstra, com clareza, o intenso comércio de drogas praticado pelo apelante J.E. e seus comparsas, sendo ele, ao que parece, o líder da organização criminosa.

Não obstante a negativa do corréu João Paulo, isolada nos autos, a autoria em relação a ele também restou comprovada, assim como a função que desempenhava na organização, tendo em vista suas declarações extrajudiciais, que encontram respaldo nas transcrições vistas às f. 138/142, 152/153, 166, 183 e 186, que evidenciam sua participação na organização criminosa.

Cumpre registrar que, em sede policial, o corréu J.P. delatou J.E. afirmando ser ele traficante, esclarecendo que adquiria dele entorpecente, por telefone. Disse, também, que por diversas vezes, em troca de droga ou

mesmo por dinheiro, levou o corréu J.E. até o trevo de Marilândia, Distrito de Itapecerica/MG, para ele buscar droga. Esclareceu que deixava J.E. no referido local e voltava para a cidade (f. 103/104). Tais informações encontram respaldo nas transcrições telefônicas vistas às f. 138/142, 152/153.

Quanto ao apelante S.E.A., apesar de sua negativa e das declarações do corréu E. - que disse não ser ele o "S." que lhe fornecia droga -, constata-se dos autos o seu envolvimento com o tráfico de drogas.

À f. 7 da representação do ilustre delegado pela prisão de S. e outros investigados, ele faz menção a um diálogo interceptado no dia 26.8.2008, às 10h55min36s, entre J.E. e S., do qual se extrai o seguinte trecho:

> S.: Dá um jeito de arrumar uma balança e vem cá buscar que eu não tenho balança não.
> J.E.: Nossa, eu também num tenho não, a minha ocê sabe o que aconteceu num sabe? Te contei num contei?
> S.: É...
> J.E.: Então. A mas no oio ocê sabe mais ou menos num sabe não? Ocê?
> S.: Eu sei três cuié dá trinta.
> J.E.: É, isso aí é, três cuié dá trinta. Três cuié mais ou menos, mais ou menos cheia por cima dá trinta.
> S.: É.
> J.E.: Eu vou aí, eu vou aí e chegar aí nóis vê. Esquenta não, mais tarde eu vou aí.
> S.: Falou, vem cá, eu dou um jeito aqui.
> [...] [*sic*]

A autoridade policial, na referida representação, assegurou que o "S." acima foi identificado como S.E.A. e destacou:

> S. também é indivíduo vastamente conhecido no meio policial e, inclusive, responde a outro inquérito policial que tramita nesta unidade também pela prática de tráfico de drogas. O inquérito policial nº 030/09 visa investigar a participação de S. juntamente com o adolescente L.C.R. (também investigado no presente IP) no comércio de entorpecentes em Cláudio. O IP nº 030/09 teve origem após cumprimento de mandado de busca e apreensão na residência de ambos o qual logrou a apreensão de pequena quantidade de drogas (cocaína) e grande quantidade de material utilizado para embalagem do entorpecente. Dessa forma, constata-se que existe em Cláudio uma verdadeira rede criminosa voltada para a prática do tráfico de drogas instalada em Cláudio que conta com a colaboração de diversos operadores deste comércio ilegal, aliciando inclusive menores para a prática do crime.

O inquérito policial 030/09 foi registrado sob o nº 0166.09.024222-2, estando apenso aos presentes autos, tendo em vista que os fatos ali apurados integraram a denúncia aqui ofertada (f. 56 do referido apenso).

Ademais, a douta Magistrada, ao prolatar a sentença, teve a cautela de ressalvar, à f. 1.188, sua percepção quanto à voz do réu S.E., assegurando ser idêntica a voz nas escutas telefônicas à que ouviu em audiência de interrogatório.

Por oportuno, transcrevo o trecho da sentença que trata da afirmação retro:

> Ora, nenhuma sombra de dúvida perturba o espírito desta Magistrada ao reconhecer a culpabilidade do acusado S. quanto aos fatos narrados na denúncia, vez que ouvi as gravações telefônicas e pude identificar claramente tratar-se da mesma voz do acusado que esteve diante de mim, em audiência para interrogatório.
>
> As pausas, a entonação, o jeito de falar são idênticos, razão pela qual tenho plena certeza de que as conversas degravadas foram travadas entre E. e S.E.A., sendo as alegações da defesa artifícios ilusórios e conjecturas para confundir este Juízo.
> Com efeito, imputar a responsabilidade pelo ilícito a outra pessoa também de nome S., mas que já falecera, é expediente que nenhum efeito produz na convicção desta Magistrada, ainda mais quando não há prova alguma dessas alegações.
> Pelo contrário, o conjunto probatório indica que E. e S.E. mantinham contato permanente, ambos se fornecendo drogas para manter os estoques, trocando materiais usados no tráfico (balança e motocicleta) e ainda se ajudando em caso de dificuldades diante de outros traficantes (ameaças de 'B.').

As transações envolvendo o comércio de drogas entre o réu S.E.A. e J.E. podem ser vistas também às f. 154/155 e 167 das transcrições telefônicas, retratadas, também, nas afirmações da douta Magistrada acima destacadas.

O envolvimento da ré M.R.F.F.R. no tráfico de drogas também restou demonstrado nestes autos, em especial, pelas inúmeras ligações telefônicas que ela manteve com o réu J.E., as quais foram objeto de interceptação. As transações realizadas entre eles podem ser vistas às f. 140/147, 149/150, 152/155, 159/160, 169/170 e 188/189.

De tais transcrições como bem asseverou a douta Magistrada, constata-se que a ré M. fazia contatos com usuários, bem como fornecedores de droga, auxiliando o réu J.E., com quem mantinha um relacionamento amoroso, no comércio proibido de drogas.

As informações acima encontram respaldo na prova testemunhal.

A autoridade policial, ouvida em juízo às f. 732/734, informou que havia várias denúncias anônimas apontando os corréus J.E. e F. como traficantes de drogas, o que veio a ser confirmado pelas interceptações telefônicas, autorizadas judicialmente. Asseverou que, por meio dessas interceptações, restou apurado que o réu J.E. buscava drogas fora da cidade de Cláudio/MG. Assegurou que vários usuários ligavam para o réu J.E., o dia todo, pedindo drogas, usando os nomes "pedra", "pó" ou apenas perguntando "tem aí?". Disse ainda que,

através do telefone de J.E., foram interceptadas ligações entre ele e o menor "J." e os corréus F., M., S. e V. Destacou que J.E. pedia a J.P. que o levasse a alguns lugares para adquirir drogas, sendo que este ia conduzindo sua motocicleta ou a emprestava àquele. Salientou que, ouviu-se através da interceptação, o réu J.E. pedindo a M. que ligasse para uma terceira pessoa que lhe estaria cobrando uma dívida, no que foi por ela atendido. Quanto à ré M., disse se recordar ainda dela solicitando uma porção de "pó" ao J.E. para uma amiga de prenome B., intermediando a compra do entorpecente. Assegurou que J.E., F. e S. eram os líderes da organização criminosa possuindo maiores quantidades de entorpecente, enquanto os demais envolvidos lhes prestavam auxílio material.

Como já consignado pela MM. Juíza sentenciante, assim como em diversas outras decisões por mim proferidas, o testemunho policial é de grande valia na prova do tráfico, não tendo sua credibilidade reduzida em razão de tal condição, salvo na presença de indícios concretos que possam desaboná-lo, no sentido de serem eles desafetos dos acusados ou quisessem indevidamente prejudicá-los, o que não se demonstrou, nem sequer por indícios, no curso do presente feito.

A propósito:

> A jurisprudência do STF é no sentido de que a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. (STF/HC 70.237 - Rel. Carlos Velloso - *RTJ* 157/94).

A testemunha F.R., companheira do corréu V.G.S. à época, prestou informações em sede policial, de forma detalhada, acerca do envolvimento deste e dos réus J.E., F., J.P. e S., dentre outros, no tráfico de drogas, revelando de forma inequívoca a associação entre eles. É o que se vê às f. 453/454.

Em juízo, a testemunha supra retificou suas declarações, no entanto, a douta Magistrada destacou o comportamento dela durante a oitiva, o qual evidenciava temor e nervosismo, mesmo na ausência dos réus (f. 1.192/1.193).

Outra testemunha - cuja identidade, assim como foi feito na sentença, mantenho em sigilo, visando resguardar sua segurança - tanto em sede policial quanto em juízo (f. 36/37 e 735/736), apontou o corréu F., vulgo "P.C.", como traficante de drogas, assegurando que ele se valia de menores para realização do comércio de drogas no "Posto C.A.". Assegurou que conhecia mais o réu F., no entanto, sabia que ele e J.E. eram amigos. Por oportuno, transcrevo um trecho das declarações por ela prestadas em sede policial, as quais foram ratificadas em juízo:

> [...] quando veio para o centro dessa Cidade, começou a conversar com a Policial L.; que estava conversando besteira, contando para a Policial que havia se separado de seu marido, conversando 'essas coisas de mulher', que segundo a declarante, F.D.F., conhecido como 'PC', estava observando-a; que, mais tarde, de madrugada, logo depois que a Polícia Militar 'deu pulo', no E., PC falou com a declarante que era muita coincidência ela estar conversando com os Policiais e pouco tempo depois E. 'rodar'; que nessa hora, PC pegou a declarante pelo pescoço e a deitou no banco da Praça Levi Vitoi, e falou com seu namorado que, se no dia seguinte, até às 07:00hs ela não aparecesse, ela estaria morta, por ter 'caguetado', E.; que, então, PC desceu com a declarante até a casa de E. e a fez revirar o barraco dele todo, para ver se havia alguma droga guardada; que a declarante estava sendo ameaçada de morte por PC, que apontava um revólver para a cabeça da mesma; que E. chegou pouco tempo depois e falou que tinha sido levado para a Delegacia porque um rapaz tinha sido pego com maconha e ele foi levado junto; que, na casa de E., antes do mesmo chegar, PC falou para a declarante, apontando-lhe o revólver que, se ele, E., 'descesse', ela morreria; que PC levou a declarante na casa de E. para tentar tirar alguma droga que possivelmente estivesse na casa dele, porque, se E. fosse preso, a Polícia daria uma busca na sua casa; [...] que a declarante alega que nunca vendeu droga com PC, mas ele já a chamou para fazê-lo; que, pelo que a declarante sabe, o PC coloca dois menores de idade para trabalhar durante o dia no Posto C.A., e fica em tal lugar durante a noite; que, segundo a declarante, PC e E. são amigos, mas que, até esse dia, não o conhecia; que PC vende 'pedra, fumo e pó', e que pega com um moço moreno em Divinópolis [...] (f. 36/37).

Essa associação entre os réus F., J.E. e os demais, S., V. (em relação a este, o feito foi desmembrado, como já dito) e J.P., assim como o envolvimento de menores no comércio de drogas restou patente também nas transcrições das escutas telefônicas em apenso, que revelou que todos se conheciam.

Assim, não resta dúvida quanto à autoria delitiva, nem quanto à prática do comércio ilícito de drogas pelos apelantes.

A materialidade também restou provada pelas diversas apreensões realizadas ao longo das investigações policiais que culminaram no processo em questão, estando elas demonstradas pelos BOs de f. 13/17 e 247/249; autos de apreensão de f. 21/22, 125, 141, 167, 173, 177, 205, 216, 221, 224, 227, 230 e 250 e, por fim, laudos de constatação e toxicológicos (f. 135, 155, 161, 175, 202, 207, 251, 253, 415, e 26 - apenso nº 0166.09.024.623-1 - e 45 - apenso nº 0166.09.024.222-2).

Importante consignar que irrelevante é o fato de que não tenha havido apreensão de droga com cada um dos membros da organização criminosa, bastando para comprovação da materialidade que seja apreendido entorpecente com um deles, o que ocorreu *in casu*.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste Tribunal:

> Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico. Autoria e materialidade comprovadas. Absolvição. Causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Progressão de regime. Irretroatividade da Lei 11.464/2007.

> Restituição de bens apreendidos. Inadmissibilidade. 1. Existindo prova segura da prática do tráfico de entorpecente, não há que se falar em sua absolvição por falta de provas. 2. Restando evidenciado nos autos que os agentes se associaram para comercializar entorpecentes, seja pela apreensão da droga, seja pelo monitoramento das suas atividades, não há que se falar em absolvição por falta de provas quanto ao delito de associação ao tráfico. 3. Tendo os agentes sido condenados pelo delito de associação ao tráfico, não há que falar na aplicação da causa especial de diminuição de pena, pois estes se dedicavam a atividades criminosas. 4. Tratando-se de fatos ocorridos antes da vigência da Lei 11.464/2007, o lapso temporal a ser cumprido para fins de progressão de regime é de um sexto (1/6) da pena. 5. Na conformidade do previsto no art. 91, II, do Código Penal, a perda dos instrumentos e produtos do crime, em favor da União, é efeito automático da condenação. 6. Recursos do primeiro e quarto apelantes parcialmente providos, com extensão da força do julgado aos demais (Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, Apelação Criminal nº 1.0313.07.218613-0/001, Publicação 03.11.2008).

Por força de tais razões, não há que falar em absolvição ou desclassificação da conduta de quaisquer dos apelantes.

Importante destacar que a condição de usuário não afasta a de traficante, o que, inclusive, não surpreende, pois se trata de fato comum entre traficantes, que, muitas vezes, passam a vender drogas para sustentar o próprio vício.

Além disso, cabia à defesa comprovar que as drogas se destinavam exclusivamente ao consumo dos apelantes, o que não fez.

Nesse sentido:

> [...] Inadmissível o pedido de desclassificação para o delito previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76, quando ausente a prova da exclusividade de uso próprio, sendo da defesa, e não da acusação, o ônus da prova cabal e irrefutável da alegação de ser usuário e dependente (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0487.04.006856-0/001, Relator Desembargador Paulo Cézar Dias, julgada em 07.12.2004, publicada em 16.02.2005).

> Tráfico. Desclassificação. Impossibilidade. Prova da atividade mercantil. Desnecessidade. - Não comprovada a destinação exclusiva da droga ao uso próprio, pois nada impede que o usuário seja também traficante, inclusive para satisfazer o próprio vício, inviável a desclassificação para o art. 16 da Lei Antitóxicos (TJMG, Relator Desembargador Mercêdo Moreira, Processo nº 182.933-2, julgado em 20.03.2001, publicado em 03.05.2001).

A participação de menores na associação é inegável, estando demonstrada pela prova testemunhal e transcrições telefônicas, devendo, portanto, ser mantida a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei 11.343/06, comunicável aos integrantes da organização criminosa.

Impossível a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em face do reconhecimento do delito de associação.

É que, ao reconhecer que os réus integravam associação criminosa com a finalidade de praticarem tráfico de drogas, resta inaplicável a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

As penas aplicadas aos apelantes não merecem reparo, uma vez que foram elas fixadas em perfeita conformidade com o disposto no art. 68 do CP, tendo sido observadas as circunstâncias judiciais do art. 59, bem como aquelas do art. 42 da Lei 11.343/06.

Em relação à ré M.R., tenho que cabível a substituição de sua pena.

No entanto, ressalto que o regime prisional continua sendo o inicialmente fechado, porque a incidência da mencionada causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 não retira o caráter hediondo do delito, segundo entendimento que adoto.

Por fim, entendo como presentes os requisitos do art. 44 do CP, uma vez que a pena aplicada não é superior a 4 anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça, os apelantes não são reincidentes em crime doloso e inexistem dados em seu desfavor, no que diz respeito à sua culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade, tanto assim que a pena-base foi fixada no mínima legal.

Diante disso, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por penas restritivas de direito.

Cabe, aqui, registrar, a propósito da concessão desse benefício, que, ao tempo da Lei nº 6.368/76, ao contrário do entendimento então majoritário, sustentava a tese de que, mesmo nos casos de tráfico de entorpecentes, era cabível a aplicação de penas substitutivas, presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, uma vez que não havia vedação legal à concessão do benefício.

Sustentava, à época, que o fato de a pena ter de ser cumprida no regime integralmente fechado - então previsto pela lei - não impedia a medida, porque esse regime prisional somente se aplicava acaso cumprida a pena privativa de liberdade.

Algum tempo depois, o Superior Tribunal de Justiça adotou esse entendimento e passou a decidir que era cabível a aplicação de penas restritivas nos casos de tráfico de drogas.

Veio, então, a Lei nº 11.343/06, que, em seu art. 44, passou a vedar, expressamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito no caso do crime de tráfico de entorpecentes.

Essa vedação veio também no aqui já citado § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Não vi como deixar de aplicar essas disposições legais, daí o porquê de, em diversas oportunidades, ter assim decidido.

Ocorre que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sessão do dia 1º de setembro último, declarou a inconstitucionalidade dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei nº

11.343/06, no ponto em que vedam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito no caso do crime de tráfico de entorpecentes (*HC* nº 97256).

Trata-se de decisão proferida de forma similar àquela proferida em 23.02.2006, também em sede de *HC*, que declarou inconstitucional o regime integralmente fechado então previsto na "Lei dos Crimes Hediondos".

Tal decisão foi proferida no *HC* 92.959/STF e teve pronta aplicação em caráter geral.

Assim, penso que de pronto se deva aplicar o entendimento adotado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no *HC* 97256.

Pelo exposto, rejeitadas as preliminares, dou provimento parcial apenas ao recurso da apelante M.R.F.F.R., para substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas (Código Penal, art. 44, § 2º), nas modalidades de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária, fixada esta em 2 (dois) salários mínimos, a serem executadas na forma estipulada pelo juízo da execução, negando provimento aos demais recursos.

Comunicar.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e RENATO MARTINS JACOB.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO 1º RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AOS DEMAIS. COMUNICAR.

...

Tráfico de drogas - Réu preso durante a instrução criminal - Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - Causa de diminuição da pena - Recurso em liberdade - Possibilidade - Inteligência do art. 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal - Sentença condenatória - Liberdade provisória - Negativa - Ausência de fundamentação - Constrangimento ilegal - Paciente reincidente - Prisão provisória - Manutenção - *Habeas corpus* - Concessão em parte

Ementa: *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Recurso em liberdade. Possibilidade em relação ao paciente beneficiado com a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Inviabilidade referentemente ao outro paciente, porque reincidente. Ordem concedida parcialmente.

- De acordo com o parágrafo único do art. 387 do CPP, acrescentado pela Lei nº 11.719/2008, ao proferir a sentença condenatória, negando ao réu o direito de recorrer em liberdade, o juiz deve fundamentar a necessidade da prisão com base nos requisitos do art. 312 do CPP, já não bastando a simples alegação de que aquele permaneceu preso durante a instrução criminal.

- Assim, a ausência da devida fundamentação em relação a um dos pacientes (primário e de bons antecedentes, beneficiado com a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em sua fração máxima) configura o constrangimento ilegal. Precedentes.

- Banda outra, se a prisão provisória do outro paciente é mantida no *decisum* condenatório após ter sido reconhecida a sua reincidência (que, inclusive, impossibilitou sua condenação pelo "tráfico privilegiado"), não há falar em concessão a este do direito de apelar em liberdade. Afinal, subsiste o motivo que ensejou o indeferimento da liberdade provisória, qual seja a necessidade concreta de se garantir a ordem pública.

- Concedido em parte o *habeas corpus*. Determinada a expedição de alvará de soltura em favor de um dos pacientes.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.11.015810-2/000 - Comarca de Rio Pardo de Minas - Paciente: J.E.I.C., D.F.S. - Autoridade coatora: Juiz da Comarca de Rio Pardo de Minas - Relator: DES. EDUARDO BRUM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Delmival de Almeida Campos, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER EM PARTE O *HABEAS CORPUS*.

Belo Horizonte, 4 de maio de 2011. - *Eduardo Brum* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de J.E.I.C. e D.F.S., presos em flagrante pela suposta prática do delito de tráfico de drogas. A exordial destaca que não estão presentes os requisitos do art. 312 do CPP, devendo ser concedida a liberdade provisória aos pacientes.

Pede-se a concessão da ordem para que sejam expedidos os alvarás de soltura.

A impetração de f. 02/08 veio instruída com a documentação de f. 09/38.

A liminar foi indeferida às f. 41/42.

Prestados os esclarecimentos oficiais às f. 52/53, acompanhados pelas cópias processuais de f. 54/56, ouviu-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pela denegação da ordem (f. 58/65).

Verificando, em consulta pessoal ao *site* deste eg. TJMG, já ter sido proferida a r. sentença de mérito na origem, determinei a colheita de informações complementares, solicitando ao MM. Juiz singular que enviasse cópia da referida r. decisão (f. 67), o que foi devidamente promovido às f. 70/81.

Satisfeitos os pressupostos condicionantes da admissibilidade, conheço da pretensão. Inicialmente, registro que, já prolatado r. *decisum* condenatório, devemos analisar não apenas, isoladamente, a r. decisão combatida no *writ* (que indeferiu a liberdade provisória aos pacientes no curso da instrução - f. 09), mas, sim, a sua conjugação com a negativa ao recurso em liberdade constante da r. sentença.

E, neste ponto, entendo assistir parcial razão ao combativo impetrante.

Afinal, a fundamentação apresentada pelo digno Sentenciante à f. 80, principalmente na parte em que justifica a necessidade da manutenção da prisão "para assegurar a manutenção da ordem pública contra a reiteração do tráfico de drogas", somente se presta a sustentar a custódia cautelar de D.F.S., reconhecidamente reincidente e, portanto, não merecedor da causa especial de diminuição das penas prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

No tocante a J.E.I.C., primário e de bons antecedentes (conforme reconhecido na própria r. sentença - f. 75), apenas se destacou ter ele permanecido preso no curso da instrução e que assim deveria permanecer pela gravidade que envolve todo e qualquer crime de tráfico de drogas.

Assim, a fundamentação da r. decisão, relativamente ao paciente J.E., não se sustenta.

Conforme precedentes deste eg. TJMG:

> *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Liberdade provisória. Possibilidade no caso concreto. Sentença condenatória que manteve a custódia cautelar, negando o direito de recorrer em liberdade. Decisão não fundamentada. Constrangimento ilegal verificado. Liminar ratificada. Concedido o *habeas corpus*.
> - De acordo com o parágrafo único do art. 387 do CPP, acrescentado pela Lei 11.719/2008, ao proferir a sentença condenatória que mantém a prisão preventiva, negando ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o juiz deve sempre fundamentar a necessidade da manutenção da prisão dos pacientes com base nos requisitos do art. 312 do CPP, já não bastando a simples alegação de que os réus permaneceram presos durante a instrução criminal.
> - A ausência da devida fundamentação configura o constrangimento ilegal (4ª Câmara Criminal. *HC* nº 1.0000.10.012597-0/000. Rel. Des. Doorgal Andrada, j. em 28.04.2010, pub. em 24.05.2010).
>
> *Habeas corpus* - Roubo majorado - Direito de apelar em liberdade - Réu preso durante a instrução - Inteligência do art. 387, parágrafo único, CPP - Revogação da Súmula n. 7, TJMG - Ordem concedida.
> - A decisão que nega ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade deve estar fundamentada em elementos concretos autorizadores da segregação cautelar, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, impondo-se a imediata liberação do paciente quando fundada a denegatória, exclusivamente, no fato de haver ele respondido preso à instrução do feito.
> - Por evidente incompatibilidade com a nova disposição contida no art. 387, parágrafo único, do CPP, encontra-se revogada a Súmula nº 7, deste Tribunal de Justiça.
> - Ordem concedida (5ª Câmara Criminal. *HC* nº 1.0000.09.495451-8/000. Rel. Des. Hélcio Valentim, j. em 26.05.2009, pub. em 08.06.2009).

Destaco ainda que, ao contrário de D., J.E. foi beneficiado com a indigitada minorante (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06), indicando menor gravidade concreta de sua conduta.

Nada mais justo, portanto, que permitir a eventual apreciação de seu recurso em liberdade, uma vez que não há demonstração concreta de riscos à ordem pública, à ordem econômica, à instrução do processo ou à aplicação da lei penal, o mesmo não ocorrendo, contudo, em relação ao outro paciente.

Diante do exposto, concedo a ordem em parte, reconhecendo o direito do paciente J.E. de aguardar o julgamento de seu apelo em liberdade, mas, banda outra, mantendo a custódia cautelar do paciente D.F.S., porque devidamente justificada.

Expeça-se o alvará de soltura clausulado em favor de J.E.I.C.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ e DOORGAL ANDRADA.

Súmula - CONCEDIDO EM PARTE O *HABEAS CORPUS*.

...

Tráfico de drogas - Denúncia anônima - Constitucionalidade - Sigilo de dados pessoais - Necessidade - Inépcia da denúncia - Não ocorrência - Ação penal - Ausência de justa causa - Exame aprofundado das provas - Impossibilidade - Trancamento da ação penal - Descabimento - *Habeas corpus* - Denegação da ordem

Ementa: *Habeas corpus*. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Denúncia anônima. Constitucionalidade.

Sigilo de dados pessoais. Necessidade. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Negativa de autoria e ausência de justa causa. Necessidade de exame aprofundado do conjunto probatório. Impossibilidade. Trancamento da ação penal. Descabimento. Ordem denegada.

- O dispositivo constitucional que veda o anonimato não se aplica à hipótese de denúncia anônima, tão comum e essencial à punição do repugnante delito de tráfico de drogas, corriqueiramente praticado na clandestinidade.

- Não há que se falar em inépcia da exordial acusatória se preenche ela todos os requisitos exigidos no art. 41 do Código de Processo Penal, contendo a qualificação dos acusados e a exposição dos fatos criminosos com todas as suas circunstâncias.

- O trancamento de ação penal por meio de *habeas corpus*, embora possível, é medida excepcional, admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, *a priori*, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.

- Se a alegada ausência de justa causa para a ação penal demanda o revolvimento do conjunto probatório, a fim de se verificar se houve ou não a prática das condutas delituosas imputadas ao paciente, não é possível o seu trancamento na estreita via do *writ*.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.11.019478-4/000 - Comarca de Caratinga - Paciente: T.J.F.M. - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Infância e Juventude e de Execuções Fiscais da Comarca de Caratinga - Relator: DES. RENATO MARTINS JACOB

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador José Antonino Baía Borges, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DENEGAR A ORDEM.

Belo Horizonte, 19 de maio de 2011. - *Renato Martins Jacob* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO MARTINS JACOB - Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por ilustre advogado em favor de T.J.F.M., apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal, da Infância e Juventude e de Execuções Fiscais da Comarca de Caratinga.

Sustenta o douto impetrante que o paciente, denunciado pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, supostamente ocorridos em 07.08.2009, padece de constrangimento ilegal, visto que a exordial acusatória "não contém o mínimo de lastro probatório" (f. 05).

Ressalta a ilegalidade da denúncia, que se baseou, tão somente, em *notitia criminis* inqualificada, o que não pode servir de sustentáculo para a deflagração da ação penal.

Pede, liminarmente, seja concedida a ordem para determinar o trancamento da ação penal nº 0134.09.121584-5.

Liminar indeferida às f. 84/85.

Informações judiciais prestadas às f. 90/91.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 100/103, opinou pela denegação da ordem.

É a síntese do necessário. Passo a votar.

Consoante é cediço, o trancamento da ação penal é medida de todo excepcional, só podendo ser implementada quando evidenciada, de plano, a ausência de justa causa, a falta de indícios de autoria ou materialidade ou, ainda, a ocorrência de qualquer causa extintiva da punibilidade.

No caso em tela, não vislumbro nenhuma das aludidas hipóteses, razão pela qual é inviável o acolhimento da pretensão ventilada no *mandamus*.

De início, vale dizer que não há qualquer irregularidade no recebimento de denúncias anônimas para deflagrar a operação policial.

É que o dispositivo constitucional que veda o anonimato (art. 5º, IV e LVI, da CR/88) não se aplica à hipótese de denúncia anônima, tão comum e essencial à punição do delito de tráfico de drogas, corriqueiramente praticado na clandestinidade.

De fato, as normas constitucionais devem ser interpretadas de maneira que tenham a maior eficácia possível, mas é preciso que a exegese seja condizente com a finalidade pela qual foram criadas, sendo inconcebível distorcer-lhes o sentido a ponto de impedir ou inviabilizar investigação de infrações penais graves, como é o caso do tráfico, causando prejuízo à sociedade.

Não se pode olvidar do fundado temor de represália sofrido por aquele que resolve denunciar um crime dessa natureza, fazendo-se imperiosa a proteção dessa pessoa, com o sigilo dos seus dados.

Como muito bem ponderou o ilustre Desembargador Armando Freire, por ocasião do julgamento da Apelação Criminal nº 1.0024.05.654241-8/001, em 25.04.2006,

> seria contrário ao bom senso julgar nulas as prisões decorrentes de informações de denúncias anônimas, em especial nos delitos de tráfico de entorpecentes, que são praticados na clandestinidade, além de ser comum autores desta modalidade delitiva ameaçarem testemunhas, como forma

de permanecerem na impunidade. Daí, também, serem comuns as denúncias anônimas e o medo de testemunhas civis deporem no processo.

Nessa esteira, os seguintes julgados:

> [...] A denúncia anônima, por si só, não é prova ilícita a ensejar a nulidade de todo o processado, cabendo à defesa a comprovação de que a operação policial se originou de prova outra (escuta telefônica não autorizada, violação de correspondência, etc.), Ilícita, capaz de contaminar todo o restante do conjunto probatório contido no feito. Não aplicação, *in casu*, do princípio dos *fruits of the poisoned tree* [...] (Apelação Crime nº 70004442646, 2ª Câmara do TJRS, Relator Des. Walter Jobim Neto, j. em 14.11.2002).

> [...] Não prospera a argumentação relativa à ocorrência de constrangimento ilegal decorrente da instauração de ação penal cuja denúncia teria sido embasada em 'denúncia telefônica anônima', se evidenciado que o inquérito policial iniciou-se após criterioso exame das informações levadas ao Ministério Público. [...] (*Habeas Corpus* nº 41366/SP, 5ª Turma do STJ, Relator Min. Gilson Dipp, j. em 02.06.2005, unânime, *DJ* de 20.06.2005.)

Portanto, evidenciada a constitucionalidade da denúncia anônima, não há como reconhecer qualquer irregularidade nas diligências investigatórias e, muito menos, declarar nulas as provas produzidas.

Noutro giro, melhor sorte não assiste ao impetrante no que concerne à alegada inépcia da denúncia.

Da análise dos documentos que compõem os autos desta impetração, observo que a justa causa resulta configurada quando a denúncia vem acompanhada de elementos probatórios mínimos a atestar sua viabilidade.

A peça acusatória preenche a todos os requisitos exigidos no art. 41 do Código de Processo Penal para sua validade, contendo a qualificação do paciente e dos outros 4 (quatro) coacusados, bem como a exposição dos fatos criminosos com todas as suas circunstâncias, narrando, com detalhes, a empreitada criminosa, consoante se verifica às f. 13/15.

Há, pois, indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva de ambos os delitos imputados ao paciente e aos coacusados, sendo inviável, pois, o acolhimento da arguição de inépcia da denúncia.

Lembre-se, por outro lado, que a ação penal permite ao Ministério Público comprovar, sob o crivo do contraditório, as imputações constantes na exordial acusatória, baseada em elementos extraídos da fase policial.

Ora, analisar e concluir que as provas não confirmam que o paciente participou do delito a ele imputado são questões afetas ao desfecho da demanda criminal, visto que reclama exame aprofundado e valorativo do contexto probatório, o que é defeso na via estreita do remédio heróico, que pressupõe, como é curial, tratar-se de ofensa a direito indiscutível de locomoção do cidadão.

Assim, pode-se concluir, seguramente, que o paciente não apresentou documento ou qualquer outra prova que pudesse evidenciar, sem uma análise profunda dos elementos constantes dos autos, a inviabilidade do processamento da ação penal através da ausência irretorquível de justa causa, incidindo, na espécie, o entendimento jurisprudencial no sentido de que:

> *Habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Apropriação indébita (art. 168, § 1º, III, do CPB). Materialidade e indícios de autoria suficientemente demonstrados. Prosseguimento. Ordem denegada. 1. O trancamento de Ação Penal por meio de *Habeas Corpus*, conquanto possível, é medida de todo excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade. 2. Na hipótese sob julgamento, os indícios de autoria e a materialidade do delito encontram-se concretamente demonstrados, suficientes, portanto, para a continuidade do feito. 3. A exordial veio acompanhada de diversos depoimentos testemunhais, que confirmam, sem divergências, a existência de aparentes irregularidades na administração do caixa da empresa, supostamente levadas a cabo pelo paciente. De notar, também, a existência de farta documentação juntada aos autos (cópias de cheques, notas fiscais etc.), tudo a demonstrar estarem preenchidos os requisitos legais constantes do art. 41 do CPP. 4. Na esteira de entendimento firmado neste Superior Tribunal, o *Habeas Corpus* não se presta para averiguação de alegações quanto à inocência do paciente, pela não comprovação da autoria do delito, tendo em vista a necessidade de revolvimento de fatos e provas. 5. Opina o MPF pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada (STJ - *HC* 89499/PA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJ* de 13.10.08).

> Penal e processual penal. *Habeas corpus*. Apropriação indébita. Prescrição. Inocorrência. Pedido de trancamento da ação penal. Ausência de justa causa para o seu prosseguimento. A autoria e a materialidade do ilícito. Via eleita inadequada. Exame de fatos e provas. 1. O trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* é medida de exceção que só se admite quando evidenciada, de plano, a atipicidade do fato, a ausência de indícios que fundamentem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade. 2. A verificação acerca da procedência ou improcedência da questão deduzida demanda inevitavelmente o exame aprofundado das provas, o que não se coaduna com o caminho eleito, que requer demonstrações inequívocas das alegações. Ordem denegada (STJ - *HC* 44309/SP, Rel. Min. Og Fernandes, *DJ* de 22.09.08).

De qualquer forma, não se pode esquecer da lapidar decisão do Superior Tribunal de Justiça, pela qual restou assentado que

> o *habeas corpus* não constitui o meio idôneo para o trancamento de ação penal quando a questão envolve aprofundado exame da matéria de fato, e a inexistência do ilícito penal não se evidencia de pronto (STJ - R*HC* 2.312-4 - Rel. Min. Pedro Acioli - *DJU* de 3.5.93, p. 7.811).

Portanto, inexiste qualquer arbitrariedade ou falha capaz de ensejar o trancamento da ação penal, não havendo ilegalidade alguma passível de correção pela via augusta do *habeas corpus*.

Com tais considerações, acolho o judicioso parecer ministerial e denego a ordem de *habeas corpus*.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores NELSON MISSIAS DE MORAIS e MATHEUS CHAVES JARDIM.

Súmula - DENEGARAM A ORDEM.

...

Processo penal - *Habeas corpus* - Roubo circunstanciado - Lei 11.719/08 - Interrogatório - Último ato - Lei processual - Aplicação imediata - Ilegalidade - Reconhecimento

1. A Lei 11.719/08, de reforma do Código de Processo Penal, superado o período de *vacatio legis*, incidiu imediatamente sobre os feitos em curso. Assim, o interrogatório, como meio de defesa que é, deve ser realizado ao cabo da instância, não ficando ao talante do juiz estabelecer o momento apropriado, invocando-se o art. 196 do *Codex*.

2. Ordem concedida em menor extensão, acolhido o parecer ministerial e ratificada a liminar, para assegurar ao paciente e aos demais corréus o direito de serem interrogados ao cabo da ação penal, como determina a sistemática processual estabelecida pela Lei 11.719/08.

HABEAS CORPUS Nº 123.958 - MG (2008//0277968-1) - Relatora: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Impetrante: Bruno César Gonçalves da Silva. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Lamartine José Moreira (preso).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora". Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 26 de abril de 2011(data do julgamento). *Ministra Maria Thereza de Assis Moura* - Relatora.

Relatório

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Lamartine José Moreira, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que não reconheceu nulidade na ação penal a que responde o paciente, juntamente com outros corréus, pela suposta prática de roubo triplamente circunstanciado, em concurso material por seis vezes, além de, em tese, integrar bando armado.

Aduz que, em 17 de abril de 2008, designou-se o interrogatório para 22 de agosto de 2008. Nesta ocasião, o juiz, instado pelo defensor, não redesignou o ato para após a instrução, momento apropriado nos moldes do novo procedimento comum ordinário.

Destaca que teria agido ilegalmente o julgador, pois teria ele se servido do art. 196 do Código de Processo Penal, que autorizaria o juiz a interrogar o réu a qualquer momento. Assevera que tal artigo autorizaria o magistrado, em verdade, a reinterrogar o acusado em qualquer fase.

Salienta que o novo procedimento consagra o interrogatório como meio de defesa. Alega que, na eventualidade de delação, esta não teria o mesmo efeito, pois, se fosse mendaz, já se encontraria enfraquecida pela prova toda já colhida.

Contra tal postura do juiz de primeiro grau, impetrou-se prévia ordem, sendo que a liminar foi deferida, suspendendo-se o curso da ação penal.

Todavia, a ordem, por maioria, foi denegada. Do voto vencedor aponta-se o seguinte trecho:

> Dispõe o art. 2º do CPP que, embora seja imediata a aplicação da lei processual penal, aqueles atos realizados sob vigência da lei anterior são válidos, assim se devendo entender acerca do caso presente.
> O interrogatório ora mitigado foi agendado ainda sob égide de lei anterior, cuidando-se de feito em que a denúncia foi recebida em 05 de agosto do corrente ano e os demais respeitaram, portanto, o rito processual até então determinado.
> A modificação por ato normativo que teria entrado em vigor exatamente no dia de realização do ato processual previamente eleito há de também respeitar a determinação prévia do interrogatório, sob pena de termos de renovar todos os procedimentos penais em curso, agendados em datas pretéritas à modificação operada.
> É este o entendimento do ilustre Procurador de Justiça cujo parecer merece guarida também no que toca à questão atinente ao prejuízo.
> Não constatamos depreciação concreta da defesa no que toca à realização do ato ora impugnado, não implicando eventual delação de co-réu necessária incriminação do co-autor, que terá, inclusive, toda a instrução criminal para se defender acerca de sua incriminação por outro envolvido.
> Veja-se que a ótica apresentada pela defesa não é pacífica, pois a ciência anterior de eventual delação pode propiciar, até mesmo, maior amplitude processual para mitigar o que restou apresentado pelo delator, entendendo-se o interrogatório ao final, dependendo-se da inteligência aplicada, como fator de surpresa acerca da questão apresentada.
> Assim, sem prejuízo certo e respeitando o interrogatório a legislação existente quando de sua marcação, optamos, respeitosamente, por instaurar divergência e denegar a ordem.

Constou do acórdão também o voto vencido do Relator, *verbis*:

> Conheço da impetração e concedo a ordem, *data venia*.
> De fato, a Lei 11.719/2008 introduziu modificações ao Código de Processo Penal, alterando o Procedimento Comum Ordinário. A mencionada lei entrou em vigor em 21 de agosto de 2008, após uma *vacatio legis* de 60 dias.
> O art. 400 do CPP passou a dispor que na audiência de instrução e julgamento, deve-se ouvir as declarações do ofendido, proceder a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem, os esclarecimentos do perito, as acareações, ao reconhecimento de pessoas e coisas e, em seguida, interrogar o acusado.
> O interrogatório do réu - considerado meio de defesa - passou a ser o último ato processual da instrução criminal. A oitiva do acusado ao final da instrução visa possibilitar uma melhor defesa, considerando-se que o quadro probatório está praticamente concluído. Permite-se ao acusado exercer com mais propriedade a auto-defesa. Na dicção de Guilherme de Souza Nucci (*Código de Processo Penal comentado*, nota 65 ao art. 400) '...é a consagração da auto-defesa, como corolário da ampla defesa'.
> Destaca-se que, diante do princípio da imediatidade da lei processual penal, consagrado no art. 2º do CPP, as leis processuais penais, após a entrada em vigor, têm aplicação imediata.
> Não obstante, no caso *sub judice*, na data de 22.08.2008, quando a Lei nº 11.719//2008, encontrava-se em plena vigência, realizou-se interrogatório de um co-réu, antes da oitiva da vítima e das testemunhas de acusação e defesa, infringindo o disposto no art. 400 do CPP.
> A inobservância da ordem da prática dos atos na instrução processual afronta os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.
> A inversão do momento do interrogatório do corréu causou prejuízos ao paciente, tendo em vista a delação ocorrida, o que influencia na sua defesa e na produção de provas de seu interesse.
> É que a delação ou chamada do corréu deverá ocorrer após a produção de todas as demais provas resultantes do contraditório, para que possa verificar com maior credibilidade a delação, evitando-se que ocorra uma pré-valoração das provas a serem produzidas pelo réu delatado.
> Por outro lado conforme a redação do art. 196 do CPP, a todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório. O balizamento significa, portanto, que tal faculdade se exerça somente após a realização do primeiro interrogatório, em momento processual adequado.
> É certo que a prática dos atos processuais sem a correta observância da ordem estabelecida na legislação, viola os princípios do devido processo legal do contraditório e da ampla defesa, tratando-se de nulidade absoluta.
> Diante do exposto, concedo a ordem para declarar a nulidade do interrogatório do corréu Moisés Lopes Teixeira, realizado em 22.08.2008 e, consequentemente, dos demais atos processuais subseqüentes constantes nos autos do processo nº 0625.07.066253-5.

Pede, liminarmente, a suspensão da ação penal. E, no mérito, pleiteia a anulação do interrogatório, determinando-se a observância do procedimento comum ordinário. Requer, por fim, a intimação da data da sessão de julgamento.

A liminar foi deferida, f. 188-190, para assegurar ao paciente e a todos os demais corréus nova realização de seus interrogatórios ao cabo da instrução penal. Requerida a ampliação do deferimento da liminar para determinar, ainda, a suspensão da ação penal, foi o pleito indeferido, f. 213.

Informações foram prestadas às f. 200-212, 227-238 e 245-247.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, f. 245-247, da lavra do Subprocurador-Geral da República Henrique Fagundes Filho, opinando pela concessão da ordem.

Segundo as últimas informações, a ação penal, ultimada a instrução, encontra-se na fase de colheita de interrogatórios.

É o relatório.

Voto

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - O objeto da impetração cinge-se à verificação de ilegalidade consistente na ausência de imediata aplicação da Lei nº 11.719/08 a processo penal em curso.

O juiz de primeiro grau assentou:

> É notório que o interrogatório é reconhecido mais como peça de defesa do que de ataque. No interrogatório o acusado tem a oportunidade de dar a sua versão dos fatos ou até mesmo, como fez Paulo Norberto, de ficar calado e nada responder.
> A Lei 11.719/08, em boa hora, e reconhecendo o interrogatório como peça de defesa, disse que, ao final o réu será interrogado. O objetivo do legislador foi estabelecer um novo momento em que o Juiz obrigatoriamente interrogará o réu para que ele possa comentar as provas produzidas contra si ou a seu favor durante a oitiva das testemunhas e provas técnicas produzidas.
> Em momento algum se tira do juiz o direito de interrogar o réu antes ou durante a instrução (f. 102).

Como se depreende da ata da audiência de 22 de agosto de 2008, quando já em vigor a Lei 11.719//2008, o magistrado de primeiro grau insistiu em realizar audiência de interrogatório, apontando que ao juiz é dado estabelecer quando realizará o interrogatório.

Todavia, o contido no art. 196 do Código de Processo Penal, em verdade, conferia ao julgador a possibilidade de reinterrogar o réu, de ofício ou a pedido das partes. Tal somente se justificava na sistemática anterior, na qual o interrogatório representava meio de prova, empreendido no limiar do procedimento.

Todavia, com as reformas processuais penais de 2008, o texto legal passou a bem sintonizar-se com a Carta Magna, que, a bem do modelo acusatório, consagrou o interrogatório efetivamente como meio de defesa. Portanto, não se me afigura apropriado que o

momento do interrogatório possa ficar ao talante do magistrado.

Neste sentido:

> Somente ao final da instrução, isto é, após as declarações do ofendido, de todas as testemunhas, dos peritos, realizados os reconhecimentos e eventuais acareações, é que se passará ao interrogatório do acusado. É evidente que não se obriga o acusado a se manifestar, mas, para que ele possa verdadeiramente exercer o seu direito à autodefesa, era primordial que houvesse essa modificação legislativa, iniciada na Lei 9.099/95, a fim de permitir que ele pudesse dar a sua versão dos fatos ao final (SANTOS, Leandro Galluzi. *As reformas no processo penal*. Coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 331).

Na jurisprudência desta Corte, a ressonância dos novos ventos reformadores é sensível, *verbis*:

> Processual penal. *Habeas corpus*. Formação de quadrilha. Uso de sinal público falsificado. Falsificação de documento público. Falsidade ideológica. Uso de documento falso. Uso de documento alheio. Inserção de dado falso em sistema de informações. Corrupção passiva. Nulidade do interrogatório. Tribunal *a quo* que examinou a hipótese com base em lei revogada. Lei, todavia, vigente no momento da realização do ato impugnado. Ausência de mácula. Ato processual realizado sem a presença do defensor constituído. Nomeação de defensor dativo. Causídico constituído que possuía motivação idônea para não comparecer. Compromisso agendado com Ministro do STJ na mesma época. Possibilidade de confirmação pelo juízo. Ofensa à garantia constitucional da ampla defesa. Nulidade do interrogatório. Atos posteriores que, todavia, devem ser convalidados. Lei 11.719/2008 que colocou o interrogatório como último ato da instrução. Realização de novo interrogatório nessas condições que dispensa a anulação dos atos posteriores àquele nulo. Ordem parcialmente concedida.
> 1. 'A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior' (artigo 2º do Código de Processo Penal).
> 2. Por isso, suscitada a nulidade do interrogatório pela defesa, válida a apreciação pelo Tribunal *a quo* com base na redação revogada do artigo 265 do Código de Processo Penal, posto que vigente na época em que o ato tipo por nulo foi realizado.
> 3. Havendo o defensor constituído pelo acusado deixado de comparecer à audiência de interrogatório, porém, manifestando-se com razoável antecedência pela impossibilidade de se fazer presente, tendo em vista o agendamento de compromisso com Ministro deste Superior Tribunal de Justiça na mesma época, o que poderia ser facilmente comprovado pelo Magistrado de 1ª Instância, a continuação da audiência mediante designação de defensor dativo configura nulidade, por afrontar a garantia constitucional da ampla defesa.
> 4. Todavia, ante a entrada em vigor da Lei 11.719/2008, responsável, dentre outras mudanças, pela colocação do interrogatório como último ato da instrução, devem permanecer hígidos os atos posteriores ao interrogatório tido por nulo, cabendo ao Magistrado singular tão-somente proceder a nova inquirição do paciente ao final da instrução.
> 5. Ordem parcialmente concedida.
> (*HC* 120.197/PE, Rel.ª Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), Sexta Turma, julgado em 03.02.2009, *DJe* de 16.02.2009).

Cumpre mencionar, por fim, o seguinte excerto do parecer ministerial:

> *In casu*, na data designada para interrogatório dos réus, já se encontrava em vigor a novel legislação, tendo a defesa requerido em momento oportuno a sua aplicação imediata, de sorte a deslocar o ato de auto-defesa para o final da instrução criminal. O deferimento do pedido, ao contrário do que afirmado pela Corte *a quo*, não representaria a perda de nenhum ato processual já praticado e era, ressalte-se, medida que se impunha, em obediência aos princípios da ampla defesa e da imediatidade da aplicação da lei processual penal.
> É certo, por outro lado, que o princípio *pas de nullité sans grief*, como corolário da natureza instrumental do processo, deve orientar todo o sistema de nulidades processuais, inclusive, sempre que possível, o regime das nulidades absolutas. Conquanto assim seja, não se pode exigir, no caso *sub examine*, a demonstração do prejuízo, justamente pela dificuldade de sua comprovação.
> Ora, é de prova impossível a demonstração de que, caso realizado o interrogatório ao final da instrução probatória, na espécie, teriam os réus exercido de maneira mais satisfatória a sua auto-defesa. Com efeito, deve nos bastar a presunção de que o interrogatório realizado após a produção de todas as demais provas resultantes do contraditório possibilita uma defesa mais ampla, sendo mais benéfico ao réu.
> Com isso, é de se reconhecer a nulidade absoluta dos atos processuais praticados com inobservância do rito processual em vigor, notadamente, por ter havido prejuízo à defesa, oportunamente suscitado pelos defensores.
> 5. Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pela concessão da ordem (f. 218-219).

Acredito que, na espécie, assegurar-se a realização do interrogatório ao cabo do feito põe cobro à irregularidade noticiada, não sendo o caso de se promover a anulação do inicial interrogatório, até mesmo porquanto não se divisa qual seria o prejuízo.

Segundo a melhor doutrina:

> Afirma-se que as nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo, porque nelas o mesmo costuma ser evidente. Alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não parece correto em todos os casos, pois as presunções levam normalmente à inversão do ônus da prova, o que pode não ocorrer quando a ocorrência do dano não oferece dúvida [...].
> No entanto, deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E, nos casos em que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta (GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 31).

Ora, anular-se toda a instrução concretizada, na qual se efetivou o contraditório e a ampla defesa, justamente para, repetir-se o interrogatório ao final, soa a desazo. Retoma-se, neste particular, a lição dos mesmos doutrinadores:

> A exigência de que a atividade processual seja realizada segundo modelos legais sofre temperamentos, ditados sobretudo por razões de economia processual; não apenas no processo, mas em todas as atividades, é sempre desejável obter-se o máximo de resultados com o mínimo de esforço.
> O princípio da instrumentalidade das formas demanda, por sua vez, que a técnica processual - entendida como mecanismos processuais e formalidades do processo - seja colocada a serviço dos objetivos maiores do processo, cuja finalidade é solucionar a crise verificada no plano do direito material. É o princípio da efetividade do processo - entendido como aptidão para a produção concreta dos resultados que dele se esperam -, constituindo a grande preocupação do processualista moderno, permite que a técnica processual seja flexibilizada de maneira a não colocar entraves inúteis ao atingimento da solução da controvérsia.
> Essa postura, entretanto, jamais pode indicar o sacrifício da defesa, no processo penal, em que as formalidades devem sempre ser observadas, quando tenha dimensão de garantia (Op. cit., p. 35-36).

Desta forma, apura-se que o pleito encontra-se em sintonia com a compreensão firmada por esta Corte.

Ante o exposto, acolhido o parecer ministerial e ratificada a liminar, concede-se a ordem, em menor extensão, para assegurar ao paciente e aos demais corréus o direito de serem interrogados ao cabo da ação penal, como determina a sistemática processual estabelecida pela Lei 11.719/08.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 26 de abril de 2011. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 04.05.2011.)

...

Habeas corpus - Processo penal - Receptação, tráfico e associação para o tráfico de drogas - Sentença condenatória mantida em sede de apelação - Audiência de instrução e julgamento - Inversão na ordem de formulação das perguntas - Nulidade - Exegese do art. 212 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/08 - Ofensa ao devido processo legal - Constrangimento evidenciado - Ordem concedida

1. A nova redação dada ao art. 212 do Código de Processo Penal, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos.

2. Caracterizado o constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do *habeas corpus*, quando o Tribunal, afastando preliminar defensiva em sede de apelação, admite que houve a inversão na ordem de formulação das perguntas.

3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma.

4. Ordem concedida para anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212, do Código de Processo Penal.

HABEAS CORPUS Nº 180.705 - MG (2010/0139245-4) - Relatora: MINISTRA LAURITA VAZ

Impetrante: Nicolau Achcar Santos Júnior. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Paulo Antônio Vieira Júnior (preso). Paciente: Leandro Pontara Silva (preso).

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos

termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 16 de junho de 2011 (data do julgamento) - *Ministra Laurita Vaz* - Relatora.

Relatório

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ - Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Paulo Antônio Vieira Júnior, condenado à pena de 10 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nos crimes de receptação e tráfico e associação para o tráfico de drogas, e Leandro Pontara Silva, condenado à pena de 09 anos e 06 meses de reclusão, como incursos nos crimes de tráfico e associação para o tráfico, em face de acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

> Tráfico. Associação. Furto. Receptação. Preliminar. Oitiva de testemunhas que não observou o disposto no art. 212, do Código de Processo Penal. Nulidade de caráter relativo. Prejuízo não demonstrado. Rejeita-se. Apreensão de drogas em poder de apenas um dos réus. Delação de usuário. Depoimentos dos policiais que confirmam as investigações realizadas. Suficiência para a condenação. Ausência de drogas em poder dos co-réus. Absolvição em relação ao tráfico. Recebimento de bens produto de furto em troca de drogas. Caracterização da receptação. Furto de aparelho celular. Depoimento da vítima. Harmonia com o restante da prova. - A inobservância do disposto no art. 212, do Código de Processo Penal, durante a oitiva das testemunhas constitui nulidade apenas relativa, necessária a demonstração do prejuízo sofrido, o que não foi feito neste caso. - A delação do usuário, em harmonia com o restante da prova, principalmente os depoimentos dos policiais e a admissão da propriedade da droga, autoriza a manutenção da condenação. - Os depoimentos dos policiais que se mostram claros e harmônicos, revelando como se deram as investigações policiais, são suficientes para comprovar o crime de associação para o tráfico. - A ausência de drogas em poder dos co-réus e a inexistência de provas que permita atribuir-lhes a co-propriedade da droga impõe a absolvição quanto ao tráfico, por ausência de materialidade delitiva. - A apreensão de aparelho celular produto de furto em poder do réu condenado por tráfico caracteriza o crime de receptação, não sendo demonstrada a aquisição lícita do bem. - A palavra da vítima, que se harmoniza com a delação do co-réu e o teor das investigações policiais, é suficiente para manter a condenação do co-réu pelo crime de furto (f. 119).

O Impetrante defende, repisando os argumentos da preliminar sustentada no apelo defensivo, a nulidade do feito a partir da audiência de instrução e julgamento, inclusive, por ofensa ao disposto no art. 212, do Código de Processo penal, relativamente à ordem de inquirição das testemunhas.

Busca, assim, liminarmente, a concessão de alvará de soltura aos pacientes. No mérito, requer a concessão da ordem para anular a ação penal desde a audiência de instrução e julgamento reclamada, permitindo-se aos acusados responder ao processo em liberdade, diante do superveniente excesso de prazo.

O pedido liminar foi indeferido às f. 135/136, e os pedidos de reconsideração nos termos da decisão de f. 159/160.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às f. 153/157, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora) - O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar os recursos de apelação, admitiu que houve a inversão na ordem de formulação das perguntas. Entretanto, afastou a nulidade porque os réus foram interrogados nos termos do parágrafo único do art. 57, da Lei nº 11.343/06, aplicável à espécie, que autoriza o Juiz a presidir o ato e ser o primeiro a interrogar o réu, nada havendo que ser reparado.

Confiram-se os seguintes excertos do acórdão proferido em sede de apelação:

> Os réus Paulo Antônio, Leandro Pontara e Leandro Paulo Pining articulam preliminar sustentando a nulidade de toda a fase instrutória, ao fundamento de que não foi observada a regra do art. 212, do Código de Processo Penal por ocasião da oitiva das testemunhas, vulnerando o devido processo legal.
>
> Compulsando os autos, tem-se que a oitiva de testemunhas, de fato, não obedeceu aos termos do art. 212, do Código de Processo Penal, sendo feita conforme dispunha a norma anterior, iniciando-se a inquirição pelo Juízo, seguindo-se perguntas do Ministério Público e das partes, conforme f. 302/350.
>
> No entanto, não verifico a nulidade apontada.
>
> Embora a Lei nº 11.690/08 tenha modificado a anterior redação do art. 212, do Código de Processo Penal, determinando que a oitiva de testemunhas será apenas complementada pela intervenção do Magistrado, tem-se que não cuidaram os apelantes de demonstrar qual o prejuízo sofrido. Saliente-se que, a teor dos arts. 563 e 566, ambos do Código de Processo Penal, as irregularidades apontadas não se traduzem em nulidade absoluta, mas apenas relativa, dependentes da comprovação do prejuízo.
>
> Os recorrentes não informaram qualquer tese defensiva que deixou de ser questionada, tampouco em que a manutenção do rito anterior lhes prejudicou (f. 121).

A Lei n.º 11.690/08 deu nova redação ao art. 212 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

> Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.
> Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Não obstante haja resistência pertinente às mudanças procedidas na legislação processual penal, é certo que, com a nova redação dada ao aludido dispositivo, "o juiz simplesmente poderá complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, cabendo-lhe ainda não admitir as perguntas que não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já feita" (SOUZA, José Barcelos de. *Boletim IBCCrim*. Novas leis de processo: inquirição direta de testemunhas. Identidade física do juiz. Ano 16, nº 188, julho, 2008, p. 15).

Por oportuno, mister transcrever lição da autoria de Eugênio Pacelli de Oliveira, *litteris*:

> A Lei 11.690//08 trouxe importante alteração no procedimento de inquirição de testemunhas.
> Ali se prevê que as perguntas das partes serão feitas diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem a repetição de outra já respondida (art. 212, CPP). E, mais ainda, prevê que o juiz poderá complementar a inquirição, sobre pontos eventualmente não esclarecidos (art. 212, parágrafo único, CPP).
> Observa-se, então, que a medida encontra-se alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção da prova, evitando-se o risco, aqui já apontado, de tornar-se o magistrado um substituto do órgão de acusação. Assim, as partes iniciam a inquirição, e o juiz a encerra (*Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 370).

Ao dissertar sobre o tema, Aury Lopes Jr. assinala:

> O antigo sistema 'presidencial', onde as perguntas eram feitas ao juiz e este as (re)formulava à testemunha, felizmente foi abandonado com a nova redação do art. 212 do CPP. [...]
> Agora as perguntas serão diretas, com o juiz atuando como filtro, regulador dessa comunicação, para evitar a indução ou mesmo constrangimento de testemunha. Pela leitura do parágrafo único, a atuação do juiz, somente se dará sob os pontos não esclarecidos, ou seja, uma típica atividade complementar, secundária, portanto. (*Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 602.)

Não é demais destacar a opinião segundo a qual a referida mudança trouxe o método de exame direto e cruzado da prova oral utilizado também na Inglaterra e na Itália, abolindo o antigo sistema presidencial quanto à formulação das perguntas e reperguntas por parte do juiz, inerente ao processo inquisitório, adotando, assim, o sistema adversarial anglo-americano, consistente primeiramente no *direct-examination* - por parte de quem arrolou - e posteriormente no *cross-examination* - sendo submetido à parte contrária, leia-se:

> A *cross-examination* constitui um traço saliente do sistema processual da *common law* no tocante à produção das provas e sempre foi visto pela doutrina deste Wigmore, como o meio mais eficaz para a descoberta da verdade (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As reformas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009, p. 285).

O aludido método é considerado elemento essencial e é tido como garantia fundamental pela Constituição nos países de *common law*, sendo, ainda, salientado pelo citado autor que no

> *cross-examination* evidenciam-se as vantagens do contraditório na coleta do material probatório, uma vez que, após o exame direto, abre-se à parte contrária, em relação à qual a testemunha é presumidamente hostil, um amplo campo de investigação. No exame cruzado, é possível fazer-se uma reinquirição a respeito dos fatos já abordados no primeiro exame (*cross-examination as to facts*), como também formular questões que tragam à luz elemento para a verificação da credibilidade do próprio depoente ou de qualquer outra testemunha (*cross-examination as to credit*) (p. 286).

E conclui:

> Trata-se, portanto, de mecanismos característicos de um sistema acusatório puro, cuja função é fundamental não somente para uma apuração mais correta dos fatos, mas principalmente para atestar a correção do debate dialético entre as partes, servindo igualmente à legitimação das decisões (p. 287).

Constata-se, então, que no caso vertente restou violado *due process of law* constitucionalmente normatizado, pois o art. 5º, inciso LIV, da Carta Política Federal, preceitua que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", e na espécie o ato reclamado não seguiu o rito estabelecido na legislação processual penal, acarretando a nulidade do feito, porquanto, a teor do art. 212 do Código Instrumental, a oitiva das testemunhas deve ser procedida com perguntas feitas direta e primeiramente pelo Ministério Público e depois pela defesa, sendo que na hipótese, o Magistrado não se restringiu a colher, ao final, os esclarecimentos que elegeu necessários, mas realizou o ato no antigo modo, ou seja, efetuou a inquirição das vítimas, olvidando-se da alteração legal, mesmo diante do alerta ministerial no sentido de que a audiência fosse concretizada nos moldes da vigência da Lei n. 11.690/2008.

Quanto ao tema, aliás, mister lembrar o magistério de Alexandre de Moraes, *in verbis*:

> O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito

> de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe a paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa [...]. O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial criminal ou civil ou em procedimento administrativo, inclusive aos militares, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 365).

Mais adiante o constitucionalista destaca que a "tutela jurisdicional efetiva supõe o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o contraditório e a ampla defesa", sendo que não constituem "mero conjunto de trâmites burocráticos, mas um rígido sistema de garantias para as partes visando ao asseguramento de justa e imparcial decisão" (p. 366).

Então, além de a parte ter direito à estrita observância do procedimento estabelecido na lei, conforme assegurado pelo princípio do devido processo legal, sendo importante relembrar que na espécie os Pacientes tiveram proferido julgamento em seu desfavor, certo é que, diante do novo método utilizado para a inquirição de testemunhas, a colheita da referida prova de forma diversa, ou seja, pelo sistema presidencial, indubitavelmente acarretou-lhes evidente prejuízo.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte Superior:

> Processo penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Interceptações telefônicas. Nulidade. Não ocorrência. Audiência de instrução e julgamento. Procedimento realizado em desconformidade com os ditames legais. Inquirição direta pelo magistrado. Nulidade. Ordem parcialmente concedida.
> I. Não procede a alegação de nulidade das interceptações telefônicas, diante da ausência de qualquer ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, restando afastada a hipótese de incompetência do Juízo que autorizou as escutas.
> II. Hipótese em que o Juízo, ao determinar a interceptação telefônica, tinha notícia de que certo indivíduo estaria praticando o tráfico de entorpecentes na cidade de Porto Alegre, sendo que tanto os foros regionais como o foro central são competentes para o julgamento dos delitos cometidos na capital, uma vez que a divisão é meramente administrativa.
> III. Eventual incompetência do Juízo que determina a interceptação não é capaz de macular o procedimento.
> IV. Suposto descumprimento de determinações contidas nas decisões autorizadoras das interceptações que não impediram a exata compreensão da acusação ou o pleno exercício do direito de defesa.
> V. Inviabilidade de análise de certas peculiaridades em sede de *habeas corpus*, se os questionamentos foram submetidos e rebatidos nas instâncias ordinárias, que detêm maior amplitude cognitiva.
> VI. Legitimidade das provas derivadas das interceptações telefônicas.
> VII. A nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal conferida pela Lei 11.690/2008 suprimiu o sistema presidencialista na oitiva das testemunhas em juízo para inaugurar o sistema acusatório, segundo o qual as vítimas, as testemunhas e o interrogado são inquiridos pela acusação e na seqüência pela defesa, possibilitando ao magistrado, supletivamente, caso queira complementar as declarações em pontos ainda não esclarecidos, proceder à sua inquirição. Precedentes.
> VIII. A inversão dessa sistemática configura constrangimento ilegal, sanável pela via do *habeas corpus*.
> IX. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator (*HC* 155.020/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 16.12.2010, *DJe* 01.02.2011).

> Penal e processual penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 33, § 4º da Lei 11.343//06. Inversão na ordem de quem formula as perguntas às testemunhas. Art. 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.690/2008. Nulidade absoluta. Alegações de possibilidade de suspensão condicional da pena e direito de recorrer em liberdade. Pleitos prejudicados em razão do reconhecimento de nulidade. Progressão de regime. Fato posterior à vigência da Lei 11.464/07. Lapso temporal para progressão de regime na fração de 2/5.
> I - O art. 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, determina que as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes às testemunhas, possibilitando ao magistrado, caso entenda necessário, complementar a inquirição acerca de pontos não esclarecidos.
> II - 'Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em *error in procedendo*, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do *habeas corpus*, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade (*HC* 121.216/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* de 01/06/2009; no mesmo sentido *HC* 137.091//DF, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* de 13/10/2009);
> III - Anulada a audiência de instrução e julgamento realizada em desconformidade com a previsão contida no art. 212 do Código de Processo Penal, bem como os atos subsequentes, perdeu o objeto, o presente *writ*, no que tange aos pleitos referentes à possibilidade de suspensão condicional da pena e direito de recorrer em liberdade.
> [...]' (*HC* 153.140/MG, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12.08.2010, *DJe* 13.09.2010).

> *Habeas corpus*. Processo penal. Nulidade. Reclamação ajuizada no tribunal impetrado. Julgamento improcedente. Recurso interposto em razão do rito adotado em audiência de instrução e julgamento. Inversão na ordem de formulação das perguntas. Exegese do art. 212 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/08. Ofensa ao devido processo legal. Constrangimento evidenciado.
> 1. A nova redação dada ao art. 212 do Código de Processo Penal, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos.
> 2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do *habeas corpus*, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade.
> 3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do

método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma.
4. Ordem concedida para anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212, do Código de Processo Penal (*HC* 137.089/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22.06.2010, *DJe* de 02.08.2010).

Nesse passo, em que pese os judiciosos fundamentos expostos no aresto hostilizado, o qual, mesmo admitindo que houve a inversão apontada pelo Impetrante, não anulou a audiência procedida em desacordo com o art. 212 do Diploma Processual Repressivo, resta suficientemente demonstrada a nulidade decorrente do ato em apreço, em razão de evidente ofensa ao devido processo legal, sendo mister reiterar que contra os Pacientes foi proferida sentença condenatória, édito repressivo que encontra suporte nas declarações colhidas em desacordo com a legislação em vigor, bem demonstrando que, a despeito de tratar-se ou não de nulidade absoluta, houve efetivo prejuízo, quer dizer, é o que basta para se declarar nulo o ato reclamado, assim como os demais subsequentes, e determinar-se que outro seja realizado dentro dos ditames legais.

Por fim, ressalto que se dessume dos autos que o primeiro Paciente foi preso em flagrante, no dia 02 de fevereiro de 2009, e o segundo um pouco depois em virtude de decreto de prisão preventiva, permanecendo custodiados durante toda a instrução. Em sendo assim, considero temerário expedir alvará de soltura em favor dos acusados.

Ante o exposto, concedo a ordem para anular a audiência realizada em desconformidade com o contido no art. 212, do Código de Processo Penal e os atos subsequentes, determinando-se que outra seja procedida, nos moldes do referido dispositivo.

É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília, 16 de junho de 2011. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 28.06.2011)

...

Recurso especial - Despesas condominiais - Transferência da posse em virtude de contrato de promessa de compra e venda não registrado - Promissário-comprador - Imissão na posse, com o pleno conhecimento do condomínio - Legitimidade passiva *ad causam* - Registro - Desinfluência - Recurso especial provido

I - A teor da jurisprudência desta a. Corte, a responsabilidade pelas despesas de condomínio, ante a existência de promessa de compra e venda, pode recair tanto sobre o promissário-comprador quanto sobre o promitente-vendedor, a depender das circunstâncias do caso concreto (*ut* EREsp nº 136.389/MG, Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 13.9.99).

II - Esclareça-se, entretanto, que, com tal assertiva, não se está a afirmar que a legitimação passiva *ad causam* da ação que objetiva o adimplemento das despesas condominiais ficará, em qualquer hipótese, ao alvedrio do autor da ação, que poderá optar, aleatoriamente, pelo promitente-vendedor ou pelo compromissário-comprador, tal como entenderam as Instâncias ordinárias. Na verdade, revela-se necessário aferir com quem, efetivamente, restou estabelecida a relação jurídica material.

III - Como é de sabença, as despesas condominiais, assim compreendidas como obrigações *propter rem*, são de responsabilidade, em princípio, daquele que detém a qualidade de proprietário do bem, ou, ainda, de titular de um dos aspectos da propriedade, tais como a posse, o gozo ou a fruição.

IV - Não há, assim, qualquer relevância, para o efeito de se definir a responsabilidade pelas despesas condominiais, se o contrato de promessa de compra e venda foi ou não registrado, pois, conforme assinalado, não é aquele que figura no registro como proprietário, que, necessariamente, responderá por tais encargos.

V - Para a correta definição do responsável pelos encargos condominiais, em caso de contrato de promessa de compra e venda, deve-se aferir, pontualmente, se houve efetiva imissão na posse por parte do promissário-com-

prador (ainda que em caráter precário) e se o condomínio teve ou não o pleno conhecimento desta. Presentes tais circunstâncias, a responsabilidade pelas despesas condominiais deve ficar a cargo do promissário-comprador, no período em que tiver exercido a posse do bem imóvel.

VI - Recurso especial provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.079.177 - MG (2008//0167934-0) - Relator: MINISTRO MASSAMI UYEDA

Recorrente: E.C.P. Advogados: Francisco Augusto de Carvalho e outros. Recorrido: Condomínio do Edifício C.B. Advogados: Ronaldo Lima de Carvalho e outros.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de junho de 2011(data do julgamento). *Ministro Massami Uyeda* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator) - Cuida-se de recurso especial interposto por E.C.P., fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, em que aduz a existência de dissenso jurisprudencial.

Subjaz ao presente recurso especial ação de cobrança promovida por Condomínio do Edifício C.B. em face de E.C.P., ao argumento, em suma, de que a ré, na qualidade de proprietária da unidade condominial "sala nº 1.504", deixou de efetuar o pagamento relativo às despesas condominiais dos meses de abril, julho e outubro de 2004, e de janeiro, abril e julho de 2005, totalizando o débito de R$ 1.546,26 (mil, quinhentos e quarenta e seis reais e vinte e seis centavos) - atualizado até julho de 2005 (f. 02/04).

E.C.P., em sua contestação, rechaçou integralmente a pretensão expendida na inicial, aduzindo, em síntese, não possuir legitimidade passiva *ad causam*, na medida em que, por meio do contrato de promessa de compra e venda, vendeu o supracitado imóvel ao Sr. R.A.S., que se imitiu na posse precária daquele bem, em dezembro de 1999, devendo, por isso, responder pelas respectivas despesas condominiais. No ponto, anota, inclusive, que o Condomínio tinha ciência da supracitada venda (f. 24/29).

O r. Juízo de Direito da 34ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte//MG, por entender que o condomínio pode acionar tanto o proprietário, cujo bem esteja registrado em seu nome, quanto o promissário-comprador, julgou a demanda procedente (f. 87/90).

Irresignada, E.C.P. interpôs recurso de apelação, ao qual o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou provimento, em acórdão assim ementado:

> Cobrança. Despesas condominiais. Promessa de compra e venda. Ausência de registro. Propriedade. Transferência. Não configuração. Responsabilidade. Promitente vendedor.
> - Somente a transcrição da escritura no Cartório de Registro de Imóveis transfere a propriedade de bem imóvel. Tratando-se de promessa de compra e venda não inscrita no registro imobiliário, a responsabilidade pelas despesas condominiais é do proprietário do bem, o promitente vendedor. Tendo o condomínio conhecimento do pacto de alienação, pode reclamar a importância devida tanto do alienante, quanto do adquirente, admitindo-se o exercício do direito de regresso contra o ocupante do imóvel ao tempo de vencimento das despesas condominiais (f. 115).

Busca a ora recorrente, E.C.P., a reforma do r. *decisum*, sustentando, em síntese, não possuir legitimidade passiva *ad causam* para responder pelos pagamentos das despesas condominiais, já que celebrou contrato particular de compra e venda do imóvel em questão, cabendo, por conseguinte, ao promissário-comprador o adimplemento de tais despesas. Aduz, para tanto, a existência de dissenso jurisprudencial.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator) - O inconformismo recursal merece prosperar.

Com efeito.

O cerne do presente recurso especial centra-se em saber se a promitente-vendedora possui ou não legitimidade passiva *ad causam*, para responder pelas despesas condominiais afetas ao período em que o promissário-comprador encontrava-se na posse do imóvel *sub judice*.

A teor da jurisprudência desta augusta Corte, a responsabilidade pelas despesas de condomínio, ante a existência de promessa de compra e venda, pode recair tanto sobre o promissário-comprador, quanto sobre o promitente-vendedor, a depender das circunstâncias do caso concreto (*ut* EREsp n. 136.389/MG, Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 13.9.99).

Esclareça-se, entretanto, que, com tal assertiva, não se está a afirmar que a legitimação passiva *ad*

causam da ação que objetiva o adimplemento das despesas condominiais ficará, em qualquer hipótese, ao alvedrio do autor da ação, que poderá optar, aleatoriamente, pelo promitente-vendedor ou pelo compromissário-comprador, tal como entenderam as instâncias ordinárias. Na verdade, revela-se necessário aferir com quem, efetivamente, restou estabelecida a relação jurídica material.

Como é de sabença, as despesas condominiais, assim compreendidas como obrigações *propter rem*, são de responsabilidade, em princípio, daquele que detém a qualidade de proprietário do bem, ou, ainda, de titular de um dos aspectos da propriedade, tais como a posse, o gozo ou a fruição.

Na hipótese em que o então proprietário entabula com terceiro contrato de promessa de compra e venda, para a correta definição do responsável pelos respectivos encargos condominiais, deve-se aferir, pontualmente, se houve efetiva imissão na posse por parte do compromissário-comprador (ainda que em caráter precário) e se o condomínio teve ou não o pleno conhecimento desta.

Não há, assim, qualquer relevância, para o efeito de se definir a responsabilidade pelas despesas condominiais, se o contrato de promessa de compra e venda foi ou não registrado, pois, conforme assinalado, não é aquele que figura no registro como proprietário, que, necessariamente, responderá por tais encargos.

No ponto, confira-se a uníssona jurisprudência desta augusta Corte sobre a questão:

> Processual civil. Recurso especial. Despesas condominiais em atraso. Ação de cobrança. Legitimidade passiva para a causa. Promitente vendedor e promissário comprador. Peculiaridades da situação fática concreta.
> - Não destacando o acórdão recorrido qualquer particularidade, mas tão-somente a ausência de escritura definitiva em nome do promissário comprador e a falta de registro do instrumento contratual de promessa de compra e venda de imóvel celebrado entre as partes no cartório competente, prevalece a legitimidade do promissário comprador para figurar no pólo passivo de ação pela qual se visa a cobrança de cotas condominiais em atraso. Precedente da Seção (REsp 470487/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, *DJ* de 30.06.2003).

E ainda: REsp 200.914//SP, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* de 13.12.1999; AgRg no REsp 573801/SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* de 27.10.2010).

Bem de ver, assim, que o Tribunal de origem, ao decidir que somente a partir do registro do contrato de promessa de compra e venda é que as despesas condominiais ficariam a cargo do promissário-comprador, não conferiu à causa a melhor exegese.

Desta feita, presentes tais circunstâncias (imissão na posse do promissário-comprador e conhecimento desta por parte do condomínio), a responsabilidade pelas despesas condominiais deve ficar a cargo do promissário-comprador, no período em que tiver exercido a posse do bem imóvel, o que, ressalte-se, dá-se com o exercício, de fato (e correspondente exteriorização), de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

Nesse contexto, nada justifica o ajuizamento da ação de cobrança contra a promitente-vendedora (REsp 579943/RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 16.11.2004; REsp 813161//SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJ* de 08.05.2006 e REsp 172.859/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* de 01.10.2001.

Na hipótese dos autos, revelou-se incontroverso que, em virtude de contrato de promessa de compra e venda entabulado entre a promitente-vendedora, E.C.P. (ora recorrente), e o promissário-comprador, o Sr. J.R.A.S., este último imitiu-se na posse (precária) da unidade condominial em comento, o que, ressalte-se, era de pleno conhecimento do Condomínio, tanto que a notificação extrajudicial de cobrança dos encargos condominiais (devidos nos meses destacados de 2004 e 2005) a este foi dirigida, conforme se depura do documento constante de f. 15.

Tais circunstâncias, é certo, restaram reconhecidas na moldura fática delineada pelo Tribunal de origem, o que implica o reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam* da ora recorrente, E.C.P.

Assim, dá-se provimento ao presente recurso especial, para, com base no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, extinguir o processo sem julgamento de mérito.

É o voto.

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, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 02 de junho de 2011. - *Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha* - Secretária.

(Publicado no *DJe* de 17.06.2011.)

...

Civil e processual civil - Valores despendidos a título de honorários advocatícios contratuais - Perdas e danos - Princípio da restituição integral

1. Aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos pela outra parte com os honorários contratuais, que integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02.

2. Recurso especial a que se nega provimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.725 - MG (2009/0067148-0) - Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Recorrente: Companhia de Seguros M.B. Advogados: Giovanna Morillo Vigil e outro. Recorrida: T. Transportadora D. Ltda. Advogados: Wellington Queiroz de Castro e outro.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 14 de junho de 2011(data do Julgamento) - *Ministra Nancy Andrighi* - Relatora.

Relatório

MINISTRA NANCY ANDRIGHI - Cuida-se de recurso especial interposto pela Companhia de Seguros M.B., com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional.

Ação: de cobrança cumulada com compensação por danos morais, ajuizada por T. - Transportadora D. Ltda., em face da recorrente, em que alega recusa de pagamento dos prejuízos advindos de acidente que envolveu veículo segurado. Requer o pagamento da cobertura securitária e a reparação pelos danos materiais e morais sofridos com a injusta recusa.

Pleiteia, ainda, o ressarcimento das despesas com a contratação de advogados para o ajuizamento da ação.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a recorrente ao pagamento da quantia de R$ 65.837,28 (sessenta e cinco mil, oitocentos e trinta e sete reais e vinte e oito centavos).

Acórdão: deu parcial provimento à apelação interposta pela recorrente e parcial provimento à apelação adesiva interposta pelo recorrido, para condenar o recorrente a restituir o valor despendido pelo recorrido com os honorários advocatícios contratuais, conforme a seguinte ementa (e-STJ f. 390):

> Ação de cobrança. Cobertura securitária cumulada com danos materiais e morais. Rito. Excludente legal da garantia. Ausência. Procedência parcial do pedido. Cobrança de seguro pautada em acidente de trânsito cumulada com reparação de danos materiais e morais autoriza adoção do rito ordinário em detrimento do sumário se disto não resulta prejuízo para o réu. O agravamento do risco, somente quando imputável ao próprio segurado, atrai a exclusão de garantia prevista pelo artigo 768, do Código Civil. Tocando à seguradora a causa motivadora de cobrança judicial, porquanto inerte no pagamento de indenização contratualmente prevista, impõe-lhe ressarcir honorários advocatícios para este fim contratados pelo segurado.

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação dos arts. 20 do CPC e 22 da Lei 8.906//94, além de dissídio jurisprudencial. Sustenta que os honorários contratuais não são devidos pela parte vencida no processo, que responde apenas pelos honorários sucumbenciais.

Prévio juízo de admissibilidade: o TJMG admitiu o recurso especial (e-STJ, f. 440 / 441), determinando a subida dos autos ao STJ.

É o relatório.

Voto

MINISTRA NANCY ANDRIGHI - I - Da delimitação da controvérsia

Cinge-se a controvérsia a determinar se os honorários advocatícios contratuais integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos.

II - Da restituição dos valores despendidos a título de honorários advocatícios contratuais.

O Código Civil de 2002 - nos termos dos arts. 389, 395 e 404 - determina, de forma expressa, que os honorários advocatícios integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos.

Os honorários mencionados pelos referidos artigos são os honorários contratuais, pois os sucumbenciais, por constituírem crédito autônomo do advogado, não importam em decréscimo patrimonial do vencedor da demanda. Assim, como os honorários convencionais são retirados do patrimônio da parte lesada - para que haja reparação integral do dano sofrido - aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos com os honorários contratuais.

Trata-se de norma que prestigia os princípios da restituição integral, da equidade e da justiça.

Esse foi o entendimento firmado pela 3ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1027797/MG, minha relatoria, *DJe* de 23.02.2011. Confira-se a ementa:

> Direito Civil e Processual Civil. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Ausência. Violação da coisa julgada. Reclamação trabalhista. Honorários convencionais. Perdas e danos. Princípio da restituição integral. Aplicação subsidiária do Código Civil.
> 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.
> 2. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.
> 3. A quitação em instrumentos de transação tem de ser interpretada restritivamente.
> 4. Os honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02.
> 5. O pagamento dos honorários extrajudiciais como parcela integrante das perdas e danos também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios do acesso à justiça e da restituição integral dos danos e dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, que podem ser aplicados subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT.
> 6. Recurso especial ao qual se nega provimento.

Por fim, para evitar interpretações equivocadas da presente decisão, cumpre esclarecer que, embora os honorários convencionais componham os valores devidos pelas perdas e danos, o valor cobrado pela atuação do advogado não pode ser abusivo. Dessarte, se o valor dos honorários contratuais for exorbitante, o juiz poderá, analisando as peculiaridades do caso concreto, arbitrar outro valor, podendo utilizar como parâmetro a tabela de honorários da OAB.

Tendo em vista que não houve pedido do recorrente quanto ao reconhecimento da abusividade das verbas honorárias, a referida questão não será analisada no presente recurso especial, pois, nos termos do princípio da congruência, a decisão não pode ultrapassar os limites do pedido.

Forte nessas razões, nego provimento ao recurso especial.

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 recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora."

Brasília, 14 de junho de 2011. - *Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha*. - Secretária.

(Publicado no *DJe* de 24.06.2011).

...

Direito civil - Responsabilidade do hospital por erro médico e por defeito no serviço - Súmula 7 do STJ - Violação dos arts. 334 e 335 do CPC - Não ocorrência - Dissídio jurisprudencial não demonstrado - Redimensionamento do valor fixado para pensão - Súmula 7 do STJ - Indenização por danos morais - Termo inicial de incidência da correção monetária - Data da decisão que fixou o valor da indenização

1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada:

(i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, *caput*, do CDC);

(ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano;

(iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).

2. No caso em apreço, as instâncias ordinárias entenderam pela imputação de responsabilidade à instituição hospitalar com base em dupla causa: (a) a ausência de

médico especializado na sala de parto apto a evitar ou estancar o quadro clínico da neonata - subitem (iii); e (b) a falha na prestação dos serviços relativos ao atendimento hospitalar, haja vista a ausência de vaga no CTI e a espera de mais de uma hora, agravando consideravelmente o estado da recém-nascida, evento encartado no subitem (i).

3. De fato, infirmar a decisão recorrida demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é defeso a este Tribunal, ante o óbice contido na Súmula 7 do STJ.

4. Inexiste violação ao art. 335 do CPC, uma vez que a solicitação de aplicação das regras de experiência, no caso vertente, veicula pedido juridicamente impossível, uma vez consubstanciar manifesta infringência à norma expressa do Ministério da Saúde - Portaria 96/94.

5. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes exigidos pelo RISTJ, à míngua de similaridade fática entre os julgados confrontados.

6. Ausência de violação do art. 334 do CPC, porquanto a confissão não vincula o Juízo, que, em razão do princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC), dar-lhe-á o peso que entender adequado.

7. A instância ordinária considerou adequado o valor de um salário mínimo "a partir da data em que esta completar 14 anos até superveniente e total convalescença", de modo que proceder à nova análise probatória para redimensionar a pensão, com vistas a formar novo juízo entre a capacidade de trabalho perdida e a repercussão econômica na vida da recorrida, ultrapassa os limites constitucionais do recurso especial, esbarrando no óbice da Súmula 7/STJ.

8. O termo inicial da correção monetária incidente sobre a indenização por danos morais é a data da prolação da decisão em que arbitrado o seu valor, merecendo reforma o acórdão recorrido neste ponto.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido, apenas para determinar a incidência da correção monetária a partir da fixação do valor da indenização. Sucumbência mínima da recorrida, razão pela qual se preserva a condenação aos ônus sucumbenciais fixada pelo Tribunal.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.145.728 - MG (2009/0118263-2) - Relator: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - Relator para o acórdão: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Recorrente: Maternidade Octaviano Neves S.A. Advogados: André Martins Magalhães e outros. Recorridos: Valéria Mendes Spagnol Ferreira e outros. Advogado: Juliano Fonseca de Morais.

Acórdão

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Raul Araújo, conhecendo em parte e, nessa parte, dando provimento ao recurso especial, acompanhando o voto divergente do Ministro Luis Felipe Salomão, e o voto da Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti, no mesmo sentido, a Turma, por maioria, conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, que lavrará o acórdão.

Vencido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha que dava provimento ao recurso especial para anular o acórdão.Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão os Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 30 de junho de 2011(data do julgamento). - *Ministro Luis Felipe Salomão* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - Tratam os autos de ação indenizatória proposta por Valéria Mendes Spagnol Ferreira, Sidymar José Ferreira e Natália C. Spagnol Ferreira.

Os autores pediram indenização por danos morais e materiais, afirmando que Valéria é mãe de Natália, portadora de paralisia cerebral decorrente da falta de atendimento adequado no pós-parto.

Relataram o seguinte: Valéria teve uma gravidez tranquila e, com exceção da diabetes, nada houve que fugisse do previsível. Quando entrou em trabalho de parto, foi atendida na Maternidade Otaviano Neves pelo médico que a acompanhou durante o pré-natal.

Afirmaram que as salas cirúrgicas estavam cheias e que Valéria teve de esperar até que uma fosse desocupada. Já na sala de parto, a criança nasceu apresentando "circular dupla de cordão". Foi atendida pelo obstetra em razão do atraso da pediatra. Quando ela chegou na sala de cirurgia, cinco minutos depois do nascimento de Natália, o bebê apresentava asfixia.

Valéria não teve mais notícias da filha até as 23 horas, quando informaram-na de que Natália seria transferida para a CTI, pois seu estado era grave.

A maternidade contestou a ação, impugnando todas as alegações apresentadas na inicial. E, a partir daí, não se discutiu mais o fato de a parturiente ter sido atendida de forma indevida e a destempo, pois comprovado pelo hospital o contrário.

Então, as partes requereram perícia médica por profissional especializado em neonatologia. Vários peritos foram nomeados, mas declinaram posteriormente do encargo ante a necessidade da especialidade.

Até que a autora, afirmando que não tinha condições de arcar com os honorários de um especialista, requereu fosse oficiada a Central de Perícias Médicas do Foro para que indicasse um perito. Foi nomeada a Dra. Silvia Guelman, sem indicação de qualificação na área requisitada.

O laudo apresentado concluiu que a pericianda, Natália, sofreu lesão denominada "hipóxico-isquêmia", de caráter difuso, sem indicação de origem.

A ação foi julgada procedente ao entendimento de que a responsabilidade civil do hospital deve ser analisada sob a ótica objetiva. Esse entendimento foi mantido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em acórdão assim ementado:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Preliminar. Nulidade de sentença. Rejeitada. Hospital. Responsabilidade objetiva. Risco na prestação do serviço. Ônus da prova. Inteligência do art. 6º, VIII, e 14, do Código de Defesa do Consumidor. Dever de indenizar configurado. Danos materiais. Ressarcimento devido. Dano moral. Redução do *quantum* indenizatório. Correção monetária. - Rejeita-se a preliminar de nulidade da r. sentença, pois o MM. Juiz abordou, segundo o seu livre convencimento motivado, a questão posta, resolvendo-a de acordo com os motivos e elementos que expôs e que resultaram no dispositivo que deu pela procedência da ação, cumprindo, assim, as exigências do art. 93, IX da CR//88 e do art. 458 e art. 131 do CPC. Nos moldes do que preconizam os arts. 6º, VIII e 14, *caput* e § 3º, do CDC, cabe ao hospital-fornecedor demonstrar a segurança e a qualidade da prestação de seus serviços, devendo indenizar o paciente-consumidor que for lesado, em decorrência de falha naquela atividade. No tocante aos danos materiais referentes as despesas com o tratamento da menor, diante do reconhecimento da responsabilidade do hospital, no caso em tela, é devida a referida indenização dos prejuízos que causou aos autores. A indenização deve se dar em valor que não enseje o enriquecimento desarrazoado de uma parte em detrimento da outra, atendida a finalidade pedagógico-punitiva da condenação. A correção monetária, quanto a indenização por danos morais, é devida a partir da r. sentença.

A condenação resultou no seguinte:

- pagamento de um salário mínimo à Valéria Mendes Spagnol Ferreira enquanto a segunda autora, Natália Valéria Mendes Spagnol Ferreira, vida tiver;

- pagamento de pensão mensal à Natália Valéria Mendes Spagnol Ferreira, correspondente a um salário mínimo, a partir da data em que completar 14 anos, até final de sua vida;

- indenização por danos materiais devidamente comprovados;

- pagamento de despesas médicas enquanto perdurarem;

- danos morais em R$ 76.000,00.

Foram opostos embargos declaratórios, que restaram rejeitados.

Então, a Maternidade Octaviano Neves ingressou com recurso especial alegando o seguinte:

a) vulneração das disposições do artigo 535, II, do Código de Processo Civil ante a rejeição dos embargos declaratórios, nos quais foram apontadas omissões, principalmente no que tange à prova produzida nos autos;

b) nulidade da sentença por ausência de fundamento quanto à quantificação da indenização por danos morais;

c) vulneração dos artigos 932, III, do Código Civil de 2002, tendo em vista que a responsabilidade dos hospitais por erro medico é subjetiva. Neste ponto, indicou-se divergência de entendimento jurisprudencial;

d) a prova pericial não foi conclusiva, pois não foi indicada a existência de culpa ou de nexo de causalidade, sendo que o acórdão recorrido adotou, como fundamento de sua decisão, trechos da perícia que contém apenas suposições, o que levou à vulneração das disposições do artigo 333 do CPC;

e) a indenização por danos morais é excessiva;

f) incabível a fixação de danos materiais à primeira autora, porquanto ela não está impedida de desenvolver atividades lucrativas;

g) indevida a pensão à segunda autora a partir de quando completar 14 anos, porquanto a Constituição Federal proíbe o trabalho de menor de 16 anos; e

h) o termo inicial para a incidência da correção monetária é a data da prolação da decisão.

O recurso especial foi devidamente contra-arrazoado e veio a esta Corte por decisão positiva de admissibilidade.

É o relatório.

Ementa: Direito civil - Responsabilidade civil - Erro médico - Responsabilidade do hospital - Embargos de declaração - Violação do art. 535, II, do CPC.

1. A ciência médica não é exata, pois a eficácia do resultado na aplicação dos métodos conhecidos depende muito da recepção de cada pessoa (que é um universo muito maior que o corpo físico) ao tratamento. Portanto, o dano não, necessariamente, decorre da ação ou omissão do médico, pois pode ter origem na disposição psicoemocional e orgânica daquele que o sofre.
Daí o cuidado extremo na realização de perícia técnica. As regras da experiência indicam que a perícia feita num processo judicial deve indicar se o profissional acusado prestou, dentro dos anais médicos, o socorro devido e tempestivo, em relação e enquanto desenvolvia-se a patologia; e, se o profissional adotou os procedimentos indicados nos tais anais, em relação às circunstâncias periciadas; ou, nas hipóteses de patologias não eluci-

dadas pela ciência médica, esclarecer que não há estudos conclusivos sobre o assunto e, nesse caso, se o médico conduziu-se, ou não, de forma razoável diante das circunstâncias que lhe envolviam no momento do atendimento.

2. Acórdão sustentado em perícia sem conclusão específica e que, além disso, contém informações do perito de que realizou a prova sem elementos suficientes para tanto deve esclarecer onde e porque concluiu pela existência de nexo causal entre o dano indicado pelos autores e a ação ou omissão do profissional médico. Se não o fez, e tendo sido suscitada a omissão em sede de embargos declaratórios, há de se acolher a alegação de vulneração do artigo 535, II do Código de Processo Civil e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que sejam sanadas as omissões indicadas.

3. Recurso especial conhecido e provido.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator) - Os autos encerram mais um caso de reparação civil fundamentado em erro médico, assunto que tem sido palpitante nos Tribunais pátrios, principalmente em razão da tese que tem sido fixada sobre a questão da responsabilidade objetiva.

O caso *sub judice* está embasado em erro médico; nada obstante, os autores aviaram a ação apenas em desfavor da Maternidade Octaviano Mendes, onde os fatos se desenrolaram. Essa empreitada foi bem sucedida, tendo em vista o entendimento fixado nas instâncias de origem de que a responsabilidade do hospital é objetiva.

Não houve discussões sobre a relação existente entre os médicos e o hospital, ou entre o hospital e os autores. Estes chegaram a apontar falha na prestação de serviços relativos ao atendimento hospitalar, afirmando que a paciente teve de esperar por vaga no centro cirúrgico, o que teria retardado o parto; mas a discussão caiu no vazio, pois o hospital comprovou o contrário.

Nada mais foi alegado em relação ao hospital, de forma que o fundamento jurídico preponderante cingiu-se à existência de erro médico fundado em imperícia.

Da violação do artigo 535, II, do Código de Processo Civil.

E, quanto à questão do erro médico, entendo que não está elucidada adequadamente, cabendo as seguintes considerações.

Na audiência de conciliação, ficou estipulado que a perícia deveria ser realizada por profissional(is) especializado(s) em neurologia e neonatalogia. Compulsando os autos, vê-se que foram nomeados diversos profissionais, que declinaram do cargo por não possuírem as especialidades requeridas. Até que a penúltima médica nomeada fez uma proposta de honorários no valor de R$ 5.000,00, que seriam pagos, segundo a condução do processo realizada pelo Juiz primeiro, pelos autores, que não tiveram condições financeiras de suportar tal custo. Observa-se inclusive que estão sob o pálio da justiça gratuita. Assim, uma nova nomeação foi feita, dessa vez incidindo em médica componente do quadro permanente do Tribunal, Silvia Guelman (*e-STJ*, f. 361).

Sem embargo da competência da médica nomeada, não há especificação de possuir as especialidades requeridas, e isso, *in casu* é importante, pelos seguintes fatores:

a) os autores, em sua peça vestibular, indicaram que o primeiro atendimento prestado a Natália, logo que nasceu, não foi adequado, porque feito por obstetra, e não por uma pediatra.

A causa de pedir está assentada na imperícia médica: obstetra não tem competência para realizar os primeiros procedimentos no nascituro. Por esse viés de pensamento, há de se pressupor que um médico não especializado seja inapto para desenvolver uma perícia que tem por fim a apuração de danos de ordem neurológica;

b) O acórdão considerou os seguintes fatos para afirmar que há nexo causal relacionando o dano e a conduta do hospital;

- o pediatra chegou à sala de parto alguns minutos após o nascimento da segunda autora, fato que evidencia que a maternidade contrariou o artigo 2º da Portaria n. 96/94.

Contudo, não há indicação, no acórdão, que relacione a ausência do pediatra ao dano sofrido pela segunda autora. Não há indicação sobre o nexo causal entre o dano e a referida ausência.

- não havia registro, no pré-natal, de que Natália apresentava algum problema neurológico.

Os autos não indicam deficiência na realização do pré-natal, mas também não indicam que a primeira autora tenha sido submetida a exames que pudessem detectar má-formação neurológica do feto.

Ademais, exames de alta complexidade não são acessíveis à população em geral, e, nem por isso, cabe responsabilizar hospitais.

- a nota APGAR 7-8.

Consta do acórdão:

> O exame dos autos, constata-se que a nota APGAR 7-8, dada para o recém-nascido, foi conferida no primeiro e quinto minutos pelo obstetra (prontuário f. 19, TJ), considerando a terceira requerente normal ao nascimento.
> Os autores indagaram à perita oficial se, 'com base na APGAR 7/8, considerada satisfatória, atribuída à periciada, pós-nascimento (resposta ao quesito nº 17, da ré), e nos relatos de que a evolução da dinâmica de pré-parto ocorria sem incidentes, dispensando, dessa forma, a cesariana, pode-se afirmar que a instalação da lesão cerebral teve origem em evento consumado após o trabalho de parto, eliminando, assim, qualquer interferência na saúde na fase

> intra-uterina?' (f. 611, TJ). A perita oficial, sobre o quesito formulado, respondeu: "caso persista a referida avaliação ('APGAR 7/8') e, partindo da presunção de inocorrência de sofrimento fetal agudo, é possível afirmar que a instalação da lesão cerebral teve origem em evento consumado após o trabalho de parto. O quadro de entrada no centro de terapia intensiva contrasta com a caracterização do estado nos primeiros cinco minutos pós-parto (f. 619-v, TJ).
> Cumpre destacar, ainda, que houve demora no atendimento da neonata no CTI, o que contribuiu, consideravelmente, para o agravamento das sequelas suportadas pela criança.
> Do laudo pericial extrai-se que:
> [...]
> '3 - A Maternidade Octaviano Neves é dotada de vários berçários, inclusive de 'berçário de alto risco' e este se equipara a uma UTI?
> R: Conforme documentação obtida por diligência, havia uma separação de unidade de risco usual e alto risco; todavia não disponibilizava recursos técnicos e humanos para equiparação com UTI. (f. 310, TJ)
> [...]
> 26 - Tendo nascido o bebê às 21:30h e enviado ao CTI às 22:35, pode-se afirmar ter ocorrido demora neste envio, mesmo estando a criança anteriormente assistida em uma UTI?
> R: São fatores críticos o lapso de tempo envolvido e os procedimentos de suporte cardio-respiratório que antecedem a transferência, tanto mais críticos se maior gravidade guarda o distúrbio (f. 312, e-STJ).

Em primeiro lugar, a nota APGAR é um teste realizado para avaliação dos cinco sentidos no primeiro, quinto e décimo minuto após o nascimento. Se o obstetra deu nota 7, com a qual concordou o pediatra, que significa asfixia moderada, há de entender que a avaliação foi correta.

Depois, vê-se que das respostas acima indicadas pela perita não há conclusão sobre nada, nenhum erro ou equívoco médico; parte de pressupostos e hipóteses.

Esse fato não passou despercebido pelo recorrente (maternidade), que, em seus embargos declaratórios, pontuou a falta de conclusão da perícia em relação à causa provável de dano. Observe-se:

> 'Acontece que o laudo pericial não conclui pela inexistência de doenças ou anomalias anteriores ao parto que possam ter prejudicado o nascimento e o desenvolvimento da 2ª Apelada'. Aliás, a própria perita afirma expressamente que o caso *sub judice* é passível de dupla cogitação: desenvolvimento da moléstia posterior ou anterior ao parto:
> 'Assim sendo, é passível de dupla cogitação a presente análise: que a criança tenha nascido já portadora de encefalopatia caracterizada por quadro convulsivo precoce, e agravada por insuficiência respiratória posterior, ou, ainda, que saudável ao nascimento, tenha sustentado lesão definitiva por insuficiência respiratória' (e-STJ - f. 1.219).

E continua o embargante:

> [...] Com efeito a perita se resume a falar que não há documentação bastante para configurar, com certeza, nenhuma das hipóteses, em que pese afirmar que assistência foi corretamente prestada pela Apelante.
> [...]
> 20. Passa, então, a perita a responder, em tese, várias questões hipotéticas, tanto do Apelante, como dos Apelados. Sem nunca precisar, contudo, que a doença da 2a Apelada é decorrente de situação ao parto.
> [...]
> Realmente, todas as respostas da perícia têm alguma pressuposição, não sendo ela conclusiva na verificação da origem do dano (e-STJ - f. 1.220).

Na verdade, não há apontamento de conduta imperita do médico obstetra, nem da pediatra que assistiu a segunda autora.

A criança nasceu, os procedimentos iniciais foram realizados pelo obstetra, que, segundo informa a perita, tem plenas condições de realizar tais procedimentos (é certo que o obstetra é profissional hábil aos primeiros atendimentos a recém-nascido, até porque, há pouco tempo, esse era um encargo seu. Secção do cordão umbilical e aspiração são procedimentos simples, ensinados até mesmo em faculdades de enfermagem).

Quanto à convulsão que a segunda autora teve após algumas horas depois do nascimento, não há registros documentais suficientes para avaliação da situação, segundo a perita.

Não fosse por tudo isso, há de se considerar que nem toda patologia neurológica pode ser detectada logo que a criança nasce, mormente quando o pré-natal não aponta nada nesse sentido. Há certas patologias de ordem neural cuja causa é desconhecida da medicina moderna. A acusação de imperícia médica teria cabimento se comprovado que o médico provocou, com sua ação inábil, o desenvolvimento da doença e o que deixou de estancá-la, se possível fosse. Não há nos autos, nem o acórdão apontou, nenhum viés de conduta inadequada por parte do corpo clínico da maternidade.

Utilizou-se de trechos da perícia técnica, dando-lhes interpretação que não coaduna com o restante do laudo. Portanto, as omissões apontadas em sede de embargos declaratórios são fundamentais para o deslinde da lide.

Toda alegação de erro médico deve ter suporte na prova técnica, pois sendo o julgador leigo no assunto, tem de trazer a si elementos especializados que lhe dêem embasamento ao julgamento. As regras da experiência indicam que a perícia feita no corpo de um processo judicial deve indicar se o profissional acusado prestou, dentro dos anais médicos, o socorro devido e tempestivo, em relação e enquanto desenvolvia-se a patologia; e, se o profissional adotou os procedimentos indicados nos tais anais, em relação às circunstâncias periciadas; ou se excedeu-se na aplicação dos meios propedêuticos; e, nas hipóteses de patologias não elucidadas pela ciência médica, esclarecer que não há estudos conclusivos sobre o assunto e, nesse caso, se o médico conduziu-se, ou não, de forma razóavel diante das circunstâncias que lhe envolviam no momento do atendimento.

O que não pode é ater-se a suposições.

Ademais, o acórdão não apontou eventual falha no atendimento à criança, também não relacionou a doença a nenhuma falha médica. *Data venia*, a mera ausência do pediatra nos minutos iniciais é insuficiente para tanto, exceto se tivesse nos autos algum elemento que indicasse que somente o pediatra teria condições de ter adotado alguma providência especial nos dois ou três minutos em que ausente da sala de parto.

Sabe-se que o nascimento de crianças com excepcionalidades que lhe tolhem os atos da vida entendida pelo homem como normal representa, muitas vezes, uma dor lancinante para os pais, que melhor lidam com isso quanto mais avançam em maturidade e equilíbrio.

Todavia, nem toda excepcionalidade decorre da ação ou omissão de outrem. Na área médica, o mais das vezes, uma patologia principia na própria pessoa por disposição orgânica dela mesma. E a isso serve a perícia: indicar a provável causa do que se tem por objeto de estudo, e não, necessariamente, apontar um responsável.

> Complicações ou resultados refratários e inesperados não são raros. O mero fato de o paciente não ser curado, ou não evoluir favoravelmente, não significa, entretanto, por si só, negligência por parte do médico (Genivaldo Veloso de França. *Direito médico*. 9ª edição, p. 235).

Portanto, *in casu*, entendo que, para o deslinde da questão posta, de forma mais distante de meras suposições, devem os autos retornar à origem para que as omissões apontadas nos embargos declaratórios da Maternidade Octaviano Neves sejam esclarecidas.

Por todo o exposto, conheço do recurso especial ante a vulneração do artigo 535, II, do Código de Processo Civil; anulo o acórdão de f. 1.243/1.248, STJ; e determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que outra decisão seja proferida como se entender de direito.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília, 21 de outubro de 2010. - *Teresa Helena da Rocha Basevi* - Secretária.

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, Relator, dando provimento ao recurso especial para cassar o acórdão recorrido, pediu vista o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão. Aguardam os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 26 de outubro de 2010. - *Teresa Helena da Rocha Basevi* - Secretária.

Sustentação oral: Dr. Leonardo de Abreu Birchal, pela parte recorrente: Maternidade Octaviano Neves S.A.

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado para a próxima sessão por indicação do Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de junho de 2011. - *Teresa Helena da Rocha Basevi* - Secretária.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator) - 1. Noticiam os autos que Valéria Mendes Spagnol Ferreira e outros ajuizaram ação (f. 5-15) objetivando indenização por danos materiais e morais, em decorrência de falta de prestação de socorro à genitora por ocasião do parto, o que ocasionou gravíssimas sequelas à recém-nascida, tais como paralisia cerebral quadriplégica espástica, dificuldades de deglutição, entre outras. Asseveraram a superlotação da maternidade, razão pela qual a parturiente teve que aguardar a desocupação de uma unidade, além do que não havia pediatra na sala de cirurgia, tendo o próprio obstetra atendido a neonata e procedido à avaliação de APGAR, que posteriormente foi reputada errada pelo pediatra. Aduz que a criança nasceu apresentando circular dupla de cordão, o que lhe causou asfixia, considerada, ainda, a demora no atendimento e socorro à criança em virtude da ausência do pediatra na sala de parto e da lotação do CTI.

Sobreveio sentença de procedência dos pedidos para condenar a ré ao pagamento, à primeira autora, de indenização mensal no valor de um salário mínimo vigente à época, devida a partir do evento danoso até o final da convalescença da segunda autora, bem como o pagamento das parcelas que se encontram vencidas de uma só vez, corrigidas monetariamente, desde o evento danoso, acrescido de juros de mora a partir da citação. Condenou-a, ainda, ao pagamento de pensão mensal à segunda requerente, correspondente a um salário mínimo vigente à época do efetivo pagamento, a partir da

data em que esta completar 14 anos de idade, a vigorar enquanto perdurar a sua convalescença. Outrossim, condenou a ré ao ressarcimento ao terceiro requerente no valor correspondente às despesas efetuadas e comprovadas até a data do ajuizamento da ação, devidamente corrigidas, bem assim ao pagamento do débito contraído pelo autor junto ao seu empregador em decorrência de despesas médicas e hospitalares gastas com a segunda requerente. Ainda, condenou a ré ao pagamento das despesas médicas e hospitalares gastas com a segunda autora em razão de sua doença até sua recuperação, cujos valores devem ser apurados em liquidação de sentença, bem como ao pagamento de R$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais (f. 1.118-1.127).

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu parcial provimento à apelação da maternidade, ora recorrida, nos termos da seguinte ementa (f. 1.200-1.211):

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Preliminar. Nulidade de sentença. Rejeitada. Hospital. Responsabilidade objetiva. Risco na prestação do serviço. Ônus da prova. Inteligência do art. 6º, VIII e 14, do Código de Defesa do Consumidor. Dever de indenizar configurado. Danos materiais. Ressarcimento devido. Dano moral. Redução do *quantum* indenizatório. Correção monetária. - Rejeita-se a preliminar de nulidade da r. sentença, pois o MM. Juiz abordou, segundo o seu livre convencimento motivado, a questão posta, resolvendo-a de acordo com os motivos e elementos que expôs e que resultaram no dispositivo que deu pela procedência da ação, cumprindo, assim, as exigências do art. 93, IX da CR//88 e do art. 458 e art. 131 do CPC. Nos moldes do que preconizam os arts. 6º, VIII e 14, caput e § 3º, do CDC, cabe ao hospital-fornecedor demonstrar a segurança e a qualidade da prestação de seus serviços, devendo indenizar o paciente-consumidor que for lesado, em decorrência de falha naquela atividade. No tocante aos danos materiais referentes às despesas com o tratamento da menor, diante do reconhecimento da responsabilidade do hospital, no caso em tela, é devida a referida indenização dos prejuízos que causou aos autores. A indenização deve se dar em valor que não enseje o enriquecimento desarrazoado de uma parte em detrimento da outra, atendida a finalidade pedagógico-punitiva da condenação. A correção monetária, quanto a indenização por danos morais, é devida a partir da r. sentença.

Opostos embargos declaratórios (f. 1.214-1.232), foram parcialmente acolhidos apenas para sanar a omissão quanto à estipulação de mora, incidente a partir da citação, no percentual de 0,5% ao mês, até janeiro de 2003 e, posteriormente ao advento do INCC, no percentual de 1% ao mês (f. 1.243-1.248).

Foi interposto recurso especial por Maternidade Octaviano Neves S/A com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional (f. 1.252-1.280), alegando, em suma:

a) violação do art. 535 do CPC, uma vez que não houve manifestação do Tribunal acerca dos seguintes temas: falta de fundamentação da sentença; inconclusividade do laudo pericial; aplicação do art. 335 do CPC; necessidade de minoração dos danos morais; confissão da primeira recorrida no sentido de que já voltou a estudar; impossibilidade de a segunda recorrente receber pensão a partir dos 14 anos de idade; a contagem da correção monetária dos danos morais a partir do trânsito em julgado da decisão que os fixou; necessidade de estipulação do percentual de juros de mora.

b) ofensa aos arts. 131 e 458, II, do CPC, haja vista a necessidade de demonstração pelo Tribunal da fundamentação da sentença quanto ao arbitramento dos danos morais, o que não ocorreu;

c) afronta aos arts. 932, III, e 951 do CC, uma vez que a responsabilidade dos hospitais por erro médico é subjetiva e regida pelo direito civil, sendo certo que essa entidade só pode ser considerada prestadora de serviços, e portanto sujeita às normas do CDC, no tocante aos serviços relacionados com o estabelecimento empresarial, tais como a estada do paciente, as instalações hospitalares, entre outros;

d) equívoco quanto à prova pericial, cujo laudo não foi conclusivo, devendo ser tal documento analisado pelo STJ, para constatação de que não houve culpa ou nexo de causalidade no presente feito, tratando-se de questão puramente objetiva, tal qual a versada no REsp 120.195, cujo relator verificou a data dos documentos para formar sua convicção acerca da interpretação errônea do Tribunal a quo naquele caso. Ademais, o laudo pericial não concluiu pela inexistência de doenças ou anomalias anteriores ao parto que possam ter prejudicado o nascimento e desenvolvimento da neonata;

e) dissídio jurisprudencial com aresto do STJ quanto à fixação dos danos morais, que, no feito sob análise, foi exacerbado (setenta e seis mil reais);

f) violação do art. 334, II e III, do CPC, em virtude de o Tribunal ter ignorado a confissão da primeira recorrida quanto ao retorno às atividades estudantis e estágio remunerado, errando na apreciação do valor jurídico da prova;

g) desconsideração do teor dos arts. 428, § 2º, e 432 da CLT que, regulando o trabalho do aprendiz, prevê o pagamento de um salário mínimo-hora e uma jornada diária não superior a seis horas;

h) dissídio pretoriano com arestos do STJ, porquanto a incidência da correção monetária deve ocorrer a partir da data em que fixados os danos morais, uma vez que, nas condenações por responsabilidade extracontratual (danos morais), não faz sentido ser o termo inicial fixado em tempo pretérito ante a ausência do valor do dano;

i) violação do art. 335 do CPC, ao não fazer incidir as regras de experiência para considerar que o atendimento por médicos de outras qualificações é prática comum na vida dos hospitais, sem que isso traga complicações para o recém-nascido.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso (f. 1.353-1.358) pugnando pelo não conhecimento do especial, em virtude da incidência das súmulas 7 e 126 desta Corte, bem como à ausência de infração aos dispositivos elencados.

O recurso foi admitido pelo Tribunal *a quo* (f. 1.360-1.363).

O Ministro Relator deu provimento ao apelo, reconhecendo a violação do art. 535 do CPC, uma vez que a questão do alegado erro médico não teria sido elucidada a contento, mormente em razão da ausência de menção, na instância ordinária, sobre o fato de a perita judicial - médica componente do quadro permanente do Tribunal -, ter a necessária especialização (neurologia e neonatologia) para desenvolver a perícia, cujo fim é a apuração de danos de ordem neurológica.

Entendeu o eminente Relator que, tendo a causa de pedir se assentado na imperícia médica, os fatos considerados pelo Tribunal *a quo* para condenar a maternidade ao pagamento de indenização por danos materiais e morais não teriam sido suficientemente examinados, tais como: o nexo de causalidade entre o dano e a ausência do pediatra na sala de parto; a efetiva realização de exames que atestassem que o feto não sofria de má formação neurológica anteriormente ao parto; e a inadequação da conduta do corpo clínico da maternidade tendente a ocasionar ou deixar de estancar, se possível, o desenvolvimento da doença.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator) - 2. Não assiste razão à recorrente quanto à alegada vulneração aos arts. 131 e 458 do CPC, uma vez que o Tribunal analisou devidamente a questão relativa à suficiência da fundamentação da sentença no tocante ao arbitramento dos danos morais, apenas tendo-o feito de forma contrária à pretensão da recorrente (f. 1.203-1.204).

Ressalta-se, inclusive, que vasta foi a fundamentação do Juízo singular, afastando completamente a tese recursal, consoante dessume-se da mera leitura da decisão monocrática (f. 1.123-1.126).

3. Inicialmente, faz-se prudente uma breve digressão acerca dos conceitos básicos aplicáveis à responsabilidade civil contratual das entidades hospitalares, com o escopo precípuo de sistematizar a matéria e, desta forma, obstar a aplicação equivocada das regras incidentes sobre esse palpitante tema, devendo-se reiterar, todavia, que tal intróito cinge-se ao âmbito de interesse do presente caso, não pretendendo esgotar todo o tema.

A responsabilidade médica e hospitalar de natureza contratual é fundada, via de regra, em obrigação de meio, ou seja, o médico assume a obrigação de prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, de modo a proporcionar ao paciente todos os cuidados e conselhos tendentes à recuperação da sua saúde.

A cura dos males físicos não pode ser assegurada (obrigação de resultado), haja vista estar o profissional inexoravelmente limitado a sua condição humana. Por conseguinte, o insucesso do tratamento - clínico ou cirúrgico - não importa automaticamente o inadimplemento contratual, cabendo ao paciente comprovar a negligência, imprudência ou imperícia do médico.

Destarte, pode-se concluir que a responsabilidade pessoal do médico, ainda que contratual, não prescinde da comprovação da culpa, sendo, portanto, de natureza subjetiva.

Não é outro o teor do art. 14, § 4º, do CDC:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
> [...]
> § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

De outra parte, o estabelecimento hospitalar é fornecedor de serviços e, como tal, responde objetivamente pelos danos causados aos pacientes (art. 14, *caput*, do CDC), toda vez que o fato gerador for o defeito do seu serviço (art. 14, § 1º).

Em outras palavras, a responsabilidade objetiva da sociedade empresária do ramo da saúde não equivale à imputação de uma obrigação de resultado; apenas lhe impõe o dever de indenizar quando o evento danoso proceder de defeito do serviço, sendo cediça a imprescindibilidade do nexo causal entre a conduta e o resultado.

É esse o preceito insculpido no § 1º do art. 14 do Código Consumerista:

> § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
> I - o modo de seu fornecimento;
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
> III - a época em que foi fornecido.

Nesse sentido, doutrina abalizada sustenta que:

> A responsabilidade imposta pelo art. 14 do CDC é objetiva, independente de culpa e com base no defeito, dano e nexo causal entre o dano ao consumidor-vítima (art. 17) e o defeito do serviço prestado no mercado brasileiro.
> [...]
> A única exceção do sistema do CDC de responsabilidade

objetiva é o § 4º do art. 14 do CDC, que privilegia os profissionais liberais, retornando ao sistema subjetivo de culpa. Relembre-se que este artigo apenas se aplica ao caso de defeito no serviço, falhas na segurança deste, muito comum no caso dos médicos, mas pouco comum no caso dos advogados. As falhas de adequação dos serviços dos profissionais continuam reguladas pelo art. 20 e ss. do CDC, com sua responsabilidade solidária e de estilo contratual, logo, sem culpa. Também me parece que as pessoas jurídicas formadas por médicos ou outros profissionais perdem este privilégio, devendo ser tratadas como fornecedores normais, elas mesmas não profissionais liberais. Aqui privilegiado não é o tipo de serviço, mas a pessoa (física) do profissional liberal (Marques, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 421-422).

No mesmo passo, o escólio do Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior:

> O hospital firma com o paciente internado um contrato hospitalar, assumindo a obrigação de meios, consistente em fornecer hospedagem (alojamento, alimentação) e em prestar serviços paramédicos (medicamentos, instalações, instrumentos, pessoal de enfermaria, etc.); se dispuser de um corpo de médicos, seus empregados, também poderá assumir a obrigação de prestar serviços médicos propriamente ditos. Pelos atos culposos de médicos que sejam seus empregados, ou de seu pessoal auxiliar, responde o hospital como comitente, na forma do artigo 1.521, III, do Código Civil: 'São também responsáveis pela reparação civil: (...) III - o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele'.
> A regra da responsabilidade do comitente sofre restrições 'quanto a certas profissões, como a dos médicos e dos advogados, pois não se admite uma subordinação para com os clientes nos termos indicados'. Mas isso no que concerne às relações entre o cliente e o médico, conforme esclarece em nota o emitente professor português, citando Ruy de Alarcão, porque se admite a relação de comissão de médico a médico, e, digo eu, de hospital para médico.
> O hospital responde pelos atos médicos dos profissionais que o administram (diretores, supervisores etc.) e dos médicos que sejam seus empregados. Não responde quando o médico simplesmente utiliza as instalações do hospital para internação e tratamento dos seus pacientes. Em relação aos médicos que integram o quadro clínico da instituição, não sendo assalariados, é preciso distinguir: se o paciente procurou o hospital e ali foi atendido por integrante do corpo clínico, ainda que não empregado, responde o hospital pelo ato culposo do médico, em solidariedade com este; se o doente procura o médico e este o encaminha à baixa no hospital, o contrato é com o médico, e o hospital não responde pela culpa deste, embora do seu quadro, mas apenas pela má prestação dos serviços hospitalares que lhe são afetos. A responsabilidade pela ação do integrante do corpo clínico, na situação primeiramente referida, explica-se porque a responsabilidade por ato de outro, prevista no artigo 1.521, III, do Código Civil (é responsável o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos), abrange também aquelas situações em que não existe uma relação de emprego, bastando que a pessoa jurídica utilize serviços de outra através de uma relação que gere o estado de subordinação. É o caso do hospital, que, para seu funcionamento, necessita do serviço do médico, o qual, por sua vez, fica subordinado, como membro do corpo clínico, aos regulamentos da instituição.
> O hospital responde pelo dano produzido pelas coisas (instrumentos, aparelhos) utilizadas na prestação dos seus serviços:
> 'Ao dono da coisa incumbe, ocorrido o dano, suportar os encargos dele decorrentes, restituindo o ofendido ao *statu quo* ideal, por meio da reparação. Essa presunção não é irrefragável. Mas ao dono da coisa cabe provar que, no seu caso, ela não tem cabimento'.
> Também responde pelos atos do seu pessoal, com presunção de culpa: "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto" (Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal). Isso, contudo, não dispensa que se prove a culpa do servidor na prática do ato danoso. Isto é, o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar dano produzido por médico integrante de seus quadros (AgIn. 179.184-1 - 5.a CCTJSP), pois é preciso provar a culpa deste, para somente depois se ter como presumida a culpa do hospital.

Destarte, no que tange à responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor, pode-se concluir, em síntese, que:

(i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, *caput*, do CDC);

(ii) os atos técnicos praticados pelos médicos, sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital, são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC);

(iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).

4. Retomando o caso concreto em apreço, o Tribunal *a quo*, decidindo pelo dever de indenizar da instituição hospitalar, delineou a seguinte moldura fática (f. 1.200-1.211):

> Primeiramente, cumpre destacar que não havia pediatra na sala do parto, no momento do nascimento. O art. 2º da Portaria n.º 96//94, do Ministério da Saúde, citado na decisão recorrida, dispõe ser imprescindível a presença de pediatra na sala de parto, fato este confirmado pelo perito oficial que esclareceu : "A presença do pediatra é prevista

como padrão de atendimento vigente. A presença do pediatra ao nascimento melhora as perspectivas de atendimento ao recém-nascido, de modo geral, podendo vir a 'alterar o estado' deste." (f. 310, TJ)

Outro fato a ser considerado é que, segundo o Dr. Luiz Gilberto de Garcia Guerzoni, médico obstetra e responsável pelo pré-natal, 'durante o período anterior ao parto nada indicava que Natália tivesse algum problema neurológico(...)'. (f. 739, TJ).

A exame dos autos, constata-se que a nota APGAR 7-8, dada para o recém-nascido, foi conferida no primeiro e quinto minutos pelo obstetra (prontuário f. 19, TJ), considerando a terceira requerente normal ao nascimento.

Os autores indagaram a perita oficial se, "com base na APGAR 7//8, considerada satisfatória, atribuída à periciada, pós-nascimento (resposta ao quesito nº 17, da ré), e nos relatos de que a evolução da dinâmica de pré-parto ocorria sem incidentes, dispensando, dessa forma, a cesariana, pode-se afirmar que a instalação da lesão cerebral teve origem em evento consumado após o trabalho de parto, eliminando, assim, qualquer interferência na saúde na fase intra-uterina?" (f. 611, TJ). A perita oficial, sobre o quesito formulado, respondeu: "caso persista a referida avaliação ('APGAR 7//8') e, partindo da presunção de inocorrência de sofrimento fetal agudo, é possível afirmar que a instalação da lesão cerebral teve origem em evento consumado após o trabalho de parto. O quadro de entrada no centro de terapia intensiva contrasta com a caracterização do estado nos primeiros cinco minutos pós-parto." (f. 619-v, TJ)

Cumpre destacar, ainda, que houve demora no atendimento da neonata no CTI, o que contribuiu, consideravelmente, para o agravamento das seqüelas suportadas pela criança.

Do laudo pericial extrai-se que:

'3 - A Maternidade Octaviano Neves é dotada de vários berçários, inclusive de 'berçario de alto risco' e este se equipara a uma UTI?

R: Conforme documentação obtida por diligência, havia uma separação de unidade de risco usual e alto risco; todavia não disponibilizava recursos técnicos e humanos para equiparação com UTI. (f. 310, TJ)

[...]

26 - Tendo nascido o bebê às 21:30h e enviado ao CTI às 22:35, pode-se afirmar ter ocorrido demora neste envio, mesmo estando a criança anteriormente assistida em uma UTI?

R: São fatores críticos o lapso de tempo envolvido e os procedimentos de suporte cardio-respiratório que antecedem a transferência, tanto mais críticos se maior gravidade guarda o distúrbio' (f. 312, TJ).

Constata-se do laudo pericial, das respostas dos quesitos 16 a 20, que 'a prestação do socorro imediatamente após a constatação das crises convulsivas, poderia evitar o agravamento do quadro e que a ocorrência de crises convulsivas podem ampliar uma lesão preexistente ao parto, sendo que crises convulsivas prolongadas e repetitivas não socorridas a tempo podem resultar no tipo de lesão semelhante ao da autora' (f. 315, TJ).

Assim, entendo que não há dúvida quanto à responsabilidade civil da maternidade requerida, visto que restou devidamente demonstrado no feito a negligência da ré no atendimento prestado às autoras, mãe e filha, na ocasião do nascimento.

Com efeito, dessume-se do excerto do voto condutor supratranscrito que a insurgência dos recorrentes quanto à atuação do hospital teve como cerne os seguintes pontos:

a) a ausência de pediatra na sala de parto no momento do nascimento, em violação à Portaria 96/94 do Ministério da Saúde, impelindo o obstetra a fazer a nota APGAR;

b) a nota APGAR 7-8 conferida à neonata nos cinco primeiros minutos de vida considerou-a normal no átimo do nascimento, afastando a suposição de que o feto sofria de algum mal durante a gestação, o que foi confirmado pelo médico que acompanhou a parturiente durante todo o pré-natal;

c) a lotação do CTI, implicando o agravamento do estado da recém-nascida.

Destarte, a imputação de responsabilidade à instituição hospitalar tem dupla origem: (i) a ausência de médico especializado na sala de parto apto a evitar ou estancar o quadro clínico da segunda autora; e (ii) a falha na prestação dos serviços relativos ao atendimento hospitalar, haja vista a ausência de vaga no CTI e a espera de mais de uma hora, agravando consideravelmente o estado da recém-nascida.

4.1. Quanto à primeira causa, verifica-se que o médico pediatra, quer fosse ele empregado, quer ostentasse qualquer outro tipo de vínculo com o hospital, a este estava subordinado, porquanto inconcebível que a parturiente tivesse contratado pessoalmente um pediatra para acompanhá-la no momento do parto e este, sem motivo justificado ou comprovado, naquele momento não se encontrava onde deveria.

Assim, ressoa inafastável a culpa do pediatra, máxime ante o exposto na sentença e reiterado no acórdão recorrido (supratranscrito), com ampla cognição fático-probatória:

Sentença (f. 1.118-1.127).

É fato incontroverso nos autos que não havia pediatra na sala de parto no momento do nascimento da segunda requerente.

O artigo 2º da Portaria nº 96 de 14 de junho de 1994 prevê:

2. O atendimento na sala de parto consiste na assistência ao RN pelo neonatologista ou pediatra, no período imediatamente anterior ao parto, até que o recém-nato seja entregue aos cuidados da equipe profissional do berçário//alojamento conjunto.

Portanto, através da leitura de tal artigo e do posicionamento da Perita oficial acerca deste assunto, percebe-se ser imprescindível a presença do pediatra no momento do parto, melhorando as perspectivas de atendimento ao recém-nascido.

Acrescento que, devido à ausência de tal profissional na sala de parto no momento do nascimento da segunda requerida, o obstetra que realizou o trabalho de parto atribuiu a nota de APGAR para o recém-nascido.

Somente depois de aproximadamente vinte minutos, o pediatra veio discutir a nota de APGAR atribuída pelo obstetra.

Desta forma, a nota de APGAR 7-8, concedida pelo obstetra prevalece, posto que não foi impugnada no momento

oportuno, porque não havia um pediatra na sala de parto para contestá-la.
Acrescento, a nota de APGAR 7-8 faz presumir que a segunda requerente nasceu em perfeitas condições de saúde. Neste ponto, vale transcrever a resposta do quesito proposto na letra K, às f. 772:
'Caso persista a referida avaliação ("APGAR 7/8") e, partindo da presunção de inocorrência de sofrimento fetal agudo, é possível afirmar que a instalação da lesão cerebral teve origem em evento consumado após o trabalho de parto. O quadro de entrada no centro de terapia intensiva contrasta com a caracterização do estado nos cinco primeiros minutos pós-parto'.
Ademais, não cumpre analisar se houve erro na avaliação de tal profissional (obstetra) uma vez que a referida função cabia ao pediatra, que deveria estar na sala de parto naquele momento e a nota atribuída pelo obstetra somente prevaleceu exatamente porque o pediatra estava ausente em momento que sua presença era imprescindível, configurando tal ausência a negligência do requerido, que agiu em desobediência à portaria ministerial.
Analisando o conjunto probatório dos autos, em especial pelo depoimento do médico obstetra da primeira requerente, o Dr. Luiz Gilberto de Garcia Guerzoni, tem-se que ao longo da gravidez, não foi detectado qualquer problema neurológico na criança, tendo a gravidez transcorrido normalmente, com o bebê nascido a termo e com peso dentro dos parâmetros considerados normais.
Ainda, o laudo pericial confirma a presença de circular de cordão não implica necessariamente complicações para o recém nascido.
Não há nos autos elementos suficientes para autorizar a conclusão de que a anomalia cerebral apresentada pela segunda requerente era anterior ao parto, e mesmo que fosse, a situação da neonata certamente foi agravada pela insuficiência respiratória posterior, não tratada a tempo oportuno e de modo conveniente pela requerida.
A il. *expert* afirma no laudo pericial, às f. 315, que:
'...a prestação de socorro imediatamente após a constatação das crises convulsivas fossem prolongadas e repetitivas não socorridas a tempo podem resultar no tipo de lesão semelhante àquela hoje apresentada pela segunda requerente'.
Portanto, conclui-se que houve negligência da ré em não disponibilizar um pediatra para assistência durante o parto e na demora do atendimento da recém nascida no CTI, o que acarretou em progressivo agravamento do quadro neurológico da segunda requerente, desde o nascimento, de acordo com o laudo pericial, configurando-se a falha na prestação do serviço.

Nesse passo, demonstrada a culpa do profissional pertencente ao quadro clínico do hospital, exsurge o dever de indenizar deste último, por ato de terceiro, consoante explanado anteriormente, nos termos dos arts. 932 e 933 do CC.

4.2. Ainda que assim não fosse, há fundamento adicional à responsabilização da recorrente, qual seja, a deficiência na estrutura material utilizada para o procedimento médico-cirúrgico em tela, consubstanciada na falta de vaga no CTI, impelindo a uma espera de mais de uma hora para que a recém-nata pudesse ser socorrida a contento.

Sem maiores considerações quanto ao fato que já foi devidamente elucidado na fundamentação da sentença e do acórdão, é cediço que a responsabilidade do hospital, por defeito na prestação de seus serviços, é objetiva, nos termos do art. 14, *caput*, do CDC.

À guisa de exemplo, os julgados abaixo:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Reforma do julgado. Impossibilidade - Fundamentos da decisão agravada - Manutenção - Necessidade - Alegação genérica de afronta aos arts. 458 e 535 do CPC - Deficiência de fundamentação - Incidência da Súmula n. 284/STF - Falha na prestação do serviço - Responsabilidade objetiva do hospital - Súmula 83/STJ - Ato ilícito configurado - Entendimento obtido da análise do conjunto fático-probatório - Reexame de provas - Impossibilidade - Aplicação da Súmula n. 7/STJ - Recurso improvido.
1. A agravante não trouxe qualquer subsídio capaz de alterar os fundamentos da decisão atacada.
2. A alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional, sem a indicação específica da pretensa omissão, contradição ou obscuridade do aresto recorrido, caracteriza deficiência de fundamentação do recurso especial. Incidência da Súmula n. 284/STF.
3. No que se refere aos serviços relacionados com o estabelecimento empresarial, aplica-se a responsabilidade objetiva.
4. Rever o entendimento do Tribunal *a quo*, acerca da configuração de ato ilícito a ensejar reparação por danos morais, demandaria revolvimento do conteúdo fático-probatório, providência inviável na via eleita. Incidência da Súmula n. 7/STJ.
5. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1038411/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 05.11.2008, *DJe* 18.11.2008).

Responsabilidade civil. Consumidor. Infecção hospitalar.
Responsabilidade objetiva do hospital. Art. 14 do CDC. Dano moral. *Quantum* indenizatório.
O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si.
O valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal *a quo* não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando a excepcional intervenção desta Corte para revê-lo.
Recurso especial não conhecido.
(REsp 629212/RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 15.05.2007, *DJ* 17.09.2007, p. 285).

Recursos especiais. Ação de indenização. Danos morais, materiais e estéticos. Responsabilidade civil. Hospital. Complicações decorrentes de anestesia geral. Paciente em estado vegetativo.
1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital - seja de emprego ou de mera

preposição -, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.
[...]
4. Recursos especiais não-conhecidos. (REsp 351.178/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 24.06.2008, *DJe* 24.11.2008).

5. Não obstante, o ilustre relator determinou o retorno dos autos ao Tribunal, ao entendimento de que houvera violação ao art. 535 do CPC, pois a médica nomeada perita judicial não estaria apta a realizar a perícia, dado não haver menção nos autos de que ela fosse especialista em neurologia e neonatologia, requisito necessário ao regular desempenho desta atividade.

Pedindo vênia ao eminente Ministro Relator, entendo que tal suposição não tem base sólida, até porque não demonstrado que a perita não tivesse capacidade para desincumbir-se desse mister.

Impende ressaltar que a ausência de impugnação da nomeação da referida médica como perita judicial no momento oportuno faz exsurgir a preclusão, nos termos do art. 245 do CPC.

Não é outro o entendimento desta Corte Superior:

> Agravo regimental. Recurso especial. Perito. Incapacidade técnica. Alegação suscitada após a conclusão da perícia. Nulidade relativa. Preclusão temporal. Ocorrência. Recurso provido.
> 1. Nos termos do art. 245 do Código de Processo Civil, a declaração de nulidade relativa depende da iniciativa da parte interessada, devendo ser alegada na primeira oportunidade, sob pena de preclusão.
> 2. Argüição pelos autores da demanda da incapacidade técnica do perito sete meses depois de sua nomeação, após a publicação do laudo pericial que lhes foi desfavorável.
> 3. Manifesta a ocorrência de preclusão lógica e temporal.
> 4. Precedentes específicos desta Corte.
> 5. Agravo Regimental acolhido, dando-se provimento ao Recurso Especial e restabelecendo-se a sentença de improcedência. (AgRg no REsp 234.371/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 21.10.2010, *DJe* de 28.10.2010).

> Recurso especial. Processual civil. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Dissolução de sociedade comercial. Apuração de haveres. Impugnação da nomeação do perito. Preclusão.
> I - Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação.
> II - Decorrido o prazo para a interposição de recurso contra a sentença que, em seu dispositivo, nomeou o perito-liquidante, e já oferecido o laudo, não pode ser acolhida a impugnação da nomeação do *expert*, fundada em suposta ausência de capacidade técnica em razão da preclusão antes ocorrida.
> III - Recurso Especial provido. (REsp 914.363/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19.08.2010, *DJe* de 02.02.2011).

> Processual civil e administrativo. Desapropriação por interesse social. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Magistrado da causa. Nomeação de irmão. Sentença proferida por juiz diverso. Laudo não utilizado como fundamento. Suspeição. Momento próprio. Preclusão. Arts. 134, 135, 138 e 245 do CPC.
> 1. Cuidam os autos de ação de Desapropriação por Interesse Social julgada procedente pelo Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso.
> 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
> 3. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região anulou de ofício a sentença sob o fundamento de que o Juiz Federal nomeou seu irmão para atuar na causa como perito judicial.
> 4. Os casos de impedimento e de suspeição do juiz estão previstos nos arts. 134 e 135 do CPC e são inteiramente aplicáveis ao perito, *ex vi* do art. 138, III, do mesmo diploma.
> 5. Por força do art. 245 do CPC, a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.
> 6. Na hipótese, merece reforma o aresto recorrido porque: a) inexistiu argüição da suspeição ou impedimento pelos expropriados em momento oportuno, operando-se a preclusão; b) o juiz que proferiu a sentença é diverso daquele que nomeou o irmão como perito; e c) foi adotado o laudo do Incra para a fixação do valor da indenização, não havendo qualquer prejuízo para as partes.
> 7. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 876.942/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25.08.2009, *DJe* de 31.08.2009).

Ademais, o eminente Relator, em seu bem elaborado voto, utilizou-se de premissa alheia à cientificidade do laudo, sem base em nenhum elemento concreto, mas tão somente na "possível" ausência de especialização da médica perita.

Transcreve-se:

> [...] os autores, em sua peça vestibular, indicaram que o primeiro atendimento prestado à Natália, logo que nasceu, não foi adequado porque feito por obstetra, e não por uma pediatra. A causa de pedir está assentada na imperícia médica: obstetra não tem competência para realizar os primeiros procedimentos no nascituro. Por esse viés de pensamento, há de se pressupor que um médico não especializado seja inapto para desenvolver uma perícia que tem por fim a apuração de danos de ordem neurológica.

Ora, *permissa venia*, a analogia empregada no raciocínio não viceja, pois atinge conclusão com base em evidências insuficientes e independentes entre si, qual seja, a de que a incompetência de um obstetra para prestar atendimento a um recém-nascido com problemas graves no parto, por ser esta a atribuição de um pediatra, implicaria concluir que um médico perito sem especialização em neurologia seria incompetente para elaborar o laudo.

5.1. Outrossim, aponta-se a alegada falta de relação causal entre a ausência de pediatra na sala de parto (em que é dada a luz a uma criança com o cordão

umbilical ao redor do pescoço), e o dano por esta sofrido (em decorrência de falta de oxigenação).

Nesse ponto, uma vez mais, ouso discordar do eminente Relator pelas razões anteriormente expostas, fundamentadas com a transcrição de trechos da sentença e do acórdão, atestando exatamente o contrário.

De fato, quanto ao ponto, vale lembrar que infirmar a decisão recorrida demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é defeso a este Tribunal, ante o óbice contido na Súmula 7 do STJ, sendo esse, por si só, motivo suficiente ao afastamento da alegação de afronta ao art. 535 do CPC.

6. De modo à completa elucidação da celeuma, transcreve-se passagem do laudo pericial (f. 427), somente para reforçar a convicção já completamente formada, bem como para demonstrar que, se o laudo, em alguns momentos, partiu de pressupostos e hipóteses, isso se deveu à carência de documentação enviada pelo hospital, à falta de uniformidade entre as descrições dos profissionais assistentes pertencentes ao quadro da instituição, entre outros:

> Uma vez no berçário de alto risco, evoluiu com respiração irregular e às 22:35 horas, desenvolveu franco quadro convulsivo. A entrada no Centro de Terapia Intensiva deu-se dentro do intervalo de uma hora da referida crise (f. 25 a 27, prontuário médico hospitalar enviado pelo NeoCenter). Segundo o relato da unidade intensiva, deu entrada com Hood (aparato que concentra oxigênio em torno da cabeça do recém-nascido), mas imediatamente procedeu-se à entubação endo-traqueal e instalação do sistema de ventilação mecânica. Os dados explicitados em tabela - incluída no sub-item "Exame de Documentos" indicam que a saturação de oxigênio em Hood foi da monta de 37% e após instalação de ventilação mecânica ascendeu para 81%. Os outros dados da tabela são indicativos de grave insuficiência respiratória. Não há documentação suficiente para descrever o quadro e procedimentos no intervalo que medeia a convulsão testemunhada às 22:35 horas e o momento de entrada na área de cuidados intensivos, descrita como sendo "duas horas de vida."
>
> [...]
>
> Pontos técnicos críticos na situação em tela envolvem a definição do marco inicial da alteração descrita como convulsão e definição do período de redução do déficit respiratório crítico para preservação do sistema nervoso da recém-nascida. O primeiro implicaria em redefinição do momento de intervenção e//ou transferência para a unidade intensiva. Um limitante, em casos desta natureza, é a caracterização de movimentos atípicos como tipificadores, ou não, de quadro convulsivo. De fato, não há uniformidade entre as descrições dos profissionais assistentes e a valorização dos sinais observados foi desigual. É possível que a decisão para observação em unidade intensiva pudesse ter sido antecipada, o que permitiria melhor documentação.

Sob esse enfoque, inúmeros foram os ofícios enviados à recorrente buscando obter as informações solicitadas em diligência, tendentes à ultimação do laudo pericial, culminando, inclusive, com pedido do Ministério Público para que fosse fixado prazo máximo de 20 dias para remessa da documentação faltante (f. 289).

Com efeito, repugna ao Direito a idéia de que aquele que retardou o labor pericial, quer pela imprecisão da documentação, quer por seu envio tardio e paulatino, venha a Juízo alegar a inconclusividade da perícia.

Por conseguinte, não se verifica violação ao art. 535 do CPC, uma vez que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre todas as questões postas nos autos.

A mera leitura do recurso de apelação e dos embargos declaratórios, em cotejo com os respectivos acórdãos, ressalta a ausência dos vícios apontados pela recorrente, sendo certo que esta insurge-se contra as decisões que lhe foram desfavoráveis com o claro intuito de rediscussão do mérito.

Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

Não há omissão, tampouco, quando o julgador adota outro fundamento que não aquele perquirido pela parte, consoante dessume-se dos seguintes precedentes: AgRg no Ag 428.554/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 17.06.2003, *DJ* 12.08.2003 p. 219; REsp 726.408/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 15.12.2009, *DJe* 18.12.2009; REsp 679.135//GO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 15.12.2009, *DJe* 08.02.2010.

7. No que tange à violação ao art. 335 do CPC, melhor sorte não assiste à recorrente.

É que a solicitação de aplicação das regras de experiência para considerar que o atendimento por médicos de outras qualificações é prática comum na vida dos hospitais, sem que isso traga complicações para o recém-nascido, consubstancia manifesta infringência à norma expressa do Ministério da Saúde - que prevê a permanência de médico pediatra na sala de parto (Portaria 96//94).

Assim, trata-se de pedido juridicamente impossível, porquanto repudiado pelo Direito.

8. Quanto ao alegado dissídio jurisprudencial com aresto do STJ no tocante à fixação dos danos morais que, no feito sob análise, teria sido estabelecido em patamar exacerbado, não conheço do recurso.

Isso porque a divergência não foi comprovada nos moldes exigidos pelo RISTJ, à míngua de similaridade fática entre os julgados confrontados.

Não obstante, verifica-se que o Tribunal, com ampla cognição fático-probatória, já reduzira a indenização fixada na sentença para R$ 76.000,000 (setenta e seis mil reais), valor que não se mostra exacerbado ante as peculiaridades do caso concreto.

Consta do acórdão hostilizado:

> Entretanto, razão assiste à apelante quanto ao elevado valor da condenação de indenização por dano moral em R$ 100.000,00 (cem mil reais), devendo ser reduzida para o patamar de R$ 76.000,00 (setenta e seis mil reais), tal como pleiteado, pois deve se dar em valor que não enseje o enriquecimento desarrazoado de uma parte em detrimento da outra, atendida a finalidade pedagógico-punitiva da condenação, apesar do sofrimento gerado pela doença da filha, que não podem ser mensurados em valor econômico.

Destarte, infirmar a decisão recorrida demanda a reapreciação do contexto fático, o que é defeso na estreita via do recurso especial em face da Súmula 7 do STJ.

9. No tocante à violação do art. 334, II e II, do CPC, também não merece prosperar a irresignação.

Quanto ao ponto, assentou o Tribunal que:

> No que se refere aos danos materiais deferidos na r. sentença, é devido o pensionamento deferido à primeira autora, mãe da menor, haja vista a necessidade de acompanhamento da criança diante das seqüelas existentes, constatada pelo perito oficial que elucida: 'o quadro da avaliada é evidente, apresentando-se inválida, total dependência a terceiros - em especial a genitora - com retardo do crescimento, atrofia muscular, debilidade e provável alienação mental (não se comunica). Na generalidade, exibe acometimentos típicos de paralisia cerebral em grau severo' (f. 308, TJ).

A recorrente aduz que o Tribunal ignorou a confissão da genitora quanto ao retorno às atividades estudantis e estágio remunerado, denotando não mais estar impossibilitada de gozar uma vida profissional, por isso que não caberia indenização por danos materiais.

Ocorre que o simples fato de a primeira recorrida admitir que está estudando e estagiando não implica, automaticamente, por óbvio, que obterá emprego tão logo conclua o curso universitário.

Outrossim, a invalidez da segunda recorrida é irreversível e, com certeza, ainda que beneficiada pelo serviço de *homecare*, os cuidados maternos serão sempre imprescindíveis e quiçá a impossibilitem de trabalhar com jornada de 8 horas diárias.

Ademais, é de sabença que a confissão não vincula o Juízo, que, em razão do princípio do livre convencimento motivado (art. 131, do CPC), dar-lhe-á o peso que entender adequado.

10. Quanto à redução dos danos materiais a serem pagos à segunda recorrida, ante o fato de que, entre os 14 e os 16 anos, nos termos do art. 428, § 2º, da CLT, a remuneração é de um salário mínimo-hora, vedada a prorrogação da jornada diária de seis horas, também não merece provimento o recurso.

É que, tendo a instância ordinária considerado adequado o valor de um salário mínimo "a partir da data em que esta completar 14 anos até superveniente e total convalescença", proceder a nova análise probatória para redimensionar a pensão, e formar juízo entre a capacidade de trabalho perdida e a repercussão econômica na vida da recorrida, ultrapassa os limites constitucionais do recurso especial, esbarrando no óbice da Súmula 7/STJ.

Seguindo esse mesmo enfoque, recentes julgados desta Corte:

> Responsabilidade civil do Estado. Acidente automobilístico envolvendo viatura policial e motocicleta. Menor. Estado vegetativo permanente. Direito à pensão mensal. Ausência de prequestionamento. Valor do benefício. Súmula 7/STJ. Dano moral. Redução.
> [...]
> 2. O Tribunal apenas considerou adequado o valor de RS 1.000,00 mensais para o caso, já que o acidente automobilístico deixou o adolescente, à época com 14 anos, em situação vegetativa irreversível. Proceder nova análise probatória para redimensionar a pensão, fazendo juízo entre a capacidade de trabalho perdida e a repercussão econômica na vida do autor, ultrapassa os limites constitucionais do recurso especial, esbarrando no óbice da Súmula 7/STJ.
> 3. O Tribunal de origem fixou a indenização em danos morais em 1.000 salários mínimos tanto para o adolescente quanto para sua genitora.
> 4. A gravidade e a perpetuação das lesões, que atingiram o jovem, que teve interrompido prematuramente o curso natural da vida passando a viver longos anos em estado vegetativo justifica a manutenção do valor fixado na origem, levando-se em consideração, além do dano, outros julgados, principalmente o REsp 1044416/RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe* 16.09.2009 e o REsp 604.801/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 07.03.2005.
> 5. No que se refere ao dano moral devido à genitora do adolescente, apesar de graves, não podem ser equiparados ao dano à própria vítima, merecendo tratamento individualizado.
> 6. Tal situação apesar de assemelhada à hipóteses de morte de filho menor, é mais grave, porque além da privação do convívio, a mãe deverá aplicar-se diariamente aos cuidados do adolescente e assistir, todos os dias, seu sofrimento, afigurando-se razoável o valor de 350 salários mínimos, corrigidos monetariamente.
> 7. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 1148514//SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 09.02.2010, *DJe* 24.02.2010).

> Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Morte de menor. Pensão devida a partir da data em que a vítima completaria 14 anos. Honorários advocatícios. Ônus da sucumbência. Matéria de prova. Incidência da Súmula 7 do STJ.
> 1. É pacífico o entendimento de que é devida a indenização por danos materiais em forma de pensão aos pais de menor que vem a falecer, a partir dos 14 anos de idade, momento em que a legislação permite o contrato de trabalho.
> 2. A apreciação do quantitativo em que autor e réu saíram vencedores ou vencidos na demanda, bem como de existência de sucumbência mínima ou recíproca, demandaria o revolvimento de matéria fática, vedado pela Súmula 7/STJ.
> 3. Agravo Regimental não provido.
> (AgRg no REsp 763.794//RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11.11.2008, *DJe* 19.12.2008).

11. Quanto ao termo inicial da correção monetária incidente sobre a indenização por danos morais, assiste razão à recorrente.

A jurisprudência deste tribunal erigiu-se no sentido de que o termo inicial para a incidência da correção monetária é a data da prolação da decisão em que arbitrado o valor da indenização por danos morais.

Confiram-se os seguintes precedentes:

> Responsabilidade civil. Ação de indenização por dano moral. Responsabilidade extracontratual. Juros moratórios e correção monetária. Termo inicial.
> 1. Em casos de indenização por dano moral, o termo inicial para a incidência da correção monetária é a data da prolação da decisão em que foi arbitrado o valor da indenização.
> 2. Na seara da responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, e não a partir da citação.
> 3. A recusa a cobertura de tratamento de urgência é causa de fixação de indenização a título de danos morais.
> 4. Embargos de declaração da primeira embargante acolhidos e embargos de declaração do segundo embargante recebido como agravo regimental e desprovido. (EDcl no Ag 1370593/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 14.04.2011, *DJe* 04.05.2011).

> Recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente automobilístico. Morte de pai e avós. Lesões corporais graves nos sobreviventes. Danos morais. Valor da indenização. Juros moratórios. Correção monetária. Termo inicial.
> [...]
> 2. 'Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso' (Súmula n. 54 do STJ).
> 3. A correção monetária deve incidir a partir da fixação de valor definitivo para a indenização do dano moral (Súmula 362 do STJ).
> 4. Recurso especial parcialmente provido. Em consequência, prejudicada a MC nº 16841. (REsp 1127484/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17.03.2011, *DJe* 23.03.2011).

> Responsabilidade civil. Acidente aéreo. Indenização. Número de autores. Condenação irrisória. Não-ocorrência. Juros moratórios e correção monetária. Súmula 284//STF.
> 1. Ainda que se considere o número de autores da demanda (dois filhos e esposa do *de cujus*), o valor da condenação por danos morais fixado em 750 salários mínimos já supera o que normalmente se arbitra no âmbito do STJ e não se mostra irrisório a ponto de acionar a intervenção desta Corte Superior, que não é tribunal de revisão.
> 2. O que flui a partir do evento danoso, em se tratando de responsabilidade extracontratual, são os juros moratórios, não a correção monetária. Esta possui como termo inicial a data do arbitramento da indenização.
> 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 897.599.SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.12.2010, *DJe* 01.02.2011).

> Embargos de declaração. Agravo regimental. Contradição. Esclarecimento. Responsabilidade civil. Indenização. Correção monetária. Juros de mora. Termo inicial.
> 1. Presente erro material que torna o acórdão contraditório, acolhem-se os presentes embargos.
> 2. 'A orientação das Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal, nos casos de indenização por danos morais, é no sentido de que o termo inicial da correção monetária é o momento da fixação de valor definitivo para a condenação' (AgRg no REsp 1190831/ES, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17.06.2010, *DJe* 29.06.2010).
> 3. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora incidem a partir da citação.
> 4. Embargos de declaração acolhidos para sanar contradição e integrar a decisão embargada, sem, contudo, alterar o resultado do julgado. (EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 498.166/MS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 28.09.2010, *DJe* 15.10.2010).

12. Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e, nesta parte, dou-lhe parcial provimento, apenas para determinar a incidência da correção monetária a partir da fixação do valor da indenização.

Sucumbência mínima da recorrida, razão pela qual preserva-se a condenação aos ônus sucumbenciais fixada pelo Tribunal.

É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, conhecendo em parte do recurso e, nesta parte, dando-lhe provimento, divergindo do Relator, que dava provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Raul Araújo.

Aguarda a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília, 16 de junho de 2011. - *Teresa Helena da Rocha Basevi* - Secretária.

Voto-vista

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO - Pedi vista do presente recurso especial na última sessão deste Colegiado, notadamente em razão da relevância das questões aqui suscitadas, bem assim em razão da divergência estabelecida entre o voto do Relator, Ministro João Otávio de Noronha, que dá provimento ao recurso para reconhecer a violação do artigo 535 do Código de Processo Civil e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para novo julgamento dos embargos declaratórios, e o voto do Ministro Luis Felipe Salomão, que conhece, em parte, do apelo e lhe dá parcial provimento tão somente para ordenar a incidência da correção monetária sobre os valores arbitrados a título de danos morais a partir da fixação definitiva do valor da respectiva indenização.

Após análise dos autos, pedindo vênia ao eminente Ministro Relator, adiro à divergência inaugurada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, pois em seu percuciente voto-vista propõe solução para controvérsia que em tudo se amolda ao entendimento por mim firmado com base no exame dos fundamentos adotados pelo aresto hostilizado em confronto com as razões deduzidas no presente apelo especial.

Diante do exposto, com a devida vênia, acompanho, em sua íntegra, o voto proferido pelo eminente Ministro Luis Felipe Salomão, para conhecer em parte do recurso e lhe dar parcial provimento.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Raul Araújo, conhecendo em parte e, nessa parte, dando provimento ao recurso especial, acompanhando o voto divergente do Ministro Luis Felipe Salomão, e o voto da Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti, no mesmo sentido, a Turma, por maioria, conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, que lavrará o acórdão.

Vencido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha que dava provimento ao recurso especial para anular o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão os Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília, 28 de junho de 2011. - *Teresa Helena da Rocha Basevi* - Secretária.

(Publicado no *DJe* de 08.09.2011.)

...

Recurso extraordinário - Repercussão geral reconhecida - Ação de cobrança de honorários advocatícios - Verbas arbitradas em favor da recorrida em razão de sua atuação como defensora dativa - Inexistência de relação de trabalho a justificar seu processamento perante uma vara da Justiça Federal do Trabalho - Relação mantida entre as partes que é de cunho meramente administrativo - Reconhecimento da competência da Justiça Comum estadual para o processamento do feito - Recurso provido

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 607.520 - MG - Relator: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Reclamante: Estado de Minas Gerais. Advogado: Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais. Reclamada: Sheila Katia Fernandes de Castro. Advogada: Sheila Katia Fernandes de Castro

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Sr. Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto, nos termos do voto do Relator. Autorizados os Ministros a decidir monocraticamente casos idênticos.

Brasília, 25 de maio de 2011. - *Ministro Dias Toffoli* - Relator.

Relatório

O SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI - O Estado de Minas Gerais interpõe recurso extraordinário (f. 156 a 162) contra acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, assim ementado:

> Recurso de revista. Competência da Justiça do Trabalho. Ação de cobrança. Honorários advocatícios. Defensor dativo. Embora, nos termos da ADI 3.395-6/DF, a expressão 'relação de trabalho' não deva ser tomada em sentido demasiado amplo, estando presentes os requisitos da prestação de serviço por pessoa física e *intuitu personae*, da subordinação e desigualdade econômica e da inserção da atividade desempenhada no conjunto de serviços tipicamente estatais (em contenda contra o Estado), impõe-se o reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho. No caso em exame, a autora foi nomeada defensora dativa - serviço de manifesto caráter publico - e a relação de trabalho não adveio de investidura em cargo público efetivo ou em comissão, o que atrai a competência desta Especializada para a apreciação de ação de cobrança de honorários advocatícios.
> Critério de fixação do valor arbitrado a título de honorários advocatícios. Inviável o conhecimento da revista, quanto ao tema, em face da ausência de indicação de ofensa a preceito de lei ou da Constituição da República e da não configuração de divergência jurisprudencial válida, uma vez que os arestos colacionados são procedentes de órgãos não enumerados na alínea 'a' do art. 896 da CLT.
> Recurso de revista não conhecido (f. 135).

Interpostos embargos de declaração (f. 146 a 147), foram rejeitados (f. 149 a 153).

Insurge-se o recorrente, no apelo extremo, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional contra alegada contrariedade ao art. 114, inciso I, da Constituição Federal do Trabalho para o processamento da ação que lhe foi movida pelo recorrido, com o intuito de receber honorários advocatícios que foram arbitrados em seu favor, decorrentes de sua atuação como defensor dativo em alguns processos.

Processado sem contrarrazões (f. 163), o recurso foi admitido na origem (f. 164 a 168), subindo os autos a esta Corte.

Pelo despacho de f. 173 a 176, reconheci a existência de repercussão geral da matéria aqui em discussão, decisão essa referendada pelo Plenário Virtual desta Corte (f. 184).

Por fim, opinou a douta Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador Geral da República Dr. Wagner de Castro Mathias Netto, pelo provimento do recurso (f. 193 a197). Tal parecer apresenta a seguinte ementa:

> Recurso extraordinário. Advogado nomeado defensor dativo. Honorários a serem pagos pelo Estado. Interesse da lide de conteúdo administrativo. Competência de jurisdição da Justiça Comum Estadual. Pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Voto

O SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI - Em razão de sua atuação como defensora dativa em diversos processos que tramitaram pela Comarca de Uberaba (MG), o que decorreu de nomeações efetuadas pelos magistrados responsáveis pelos processos, a recorrida fez jus ao recebimento dos honorários então, arbitrados, que deveriam ter sido pagos pelo recorrente.

Como esse não efetuou o pronto pagamento de tais valores, a recorrida contra ele ajuizou ação denominada "reclamatória trabalhista", ao cabo da qual

restou vencedora, demanda essa que tramitou pela Justiça Federal do Trabalho.

Em seu recurso extraordinário, o recorrente insurgiu-se tão somente contra o reconhecimento da competência desse ramo especializado da Justiça Federal para o processamento do feito.

De fato, essa sua insurgência está a merecer acolhida.

Quando da apreciação da medida cautelar, nos autos da ADI nº 3.395/DF, esta Corte já determinara que a competência da Justiça do Trabalho deveria ficar restrita a casos em que houvesse típica relação de trabalho entre as partes, excluindo-se aqueles litígios instaurados entre o Poder Público e seus servidores, "excluindo-se aqueles litígios instaurados entre o Poder Público e seus servidores," *a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo*".

Assim ficou decidido pelo eminente Ministro Nelson Jobim ao deferir a aludida medida cautelar, a qual foi posteriormente referendada pelo Plenário Desta Suprema Corte, em acórdão relatado pelo ilustre Ministro Cezar Peluso, de cuja fundamentação transcrevo, por oportuno, o seguinte excerto:

> O Supremo Tribunal Federal já decidiu, no julgamento da ADI nº 492 (Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 12.03.93), ser inconstitucional a inclusão, no âmbito de competência da Justiça do Trabalho, das causas que envolvam o Poder Público e seus servidores estatuários. A razão é porque entendeu alheio ao conceito de "relação de trabalho" o vínculo jurídico de natureza estatuária, vigente entre servidores públicos e a Administração. Como consta do voto do relator: '[...] não há como sustentar a constitucionalidade da citada disposição legal, que confere competência á Justiça do Trabalho para processar e julgar os litígios individuais dos servidores estatutários.
>
> O eminente Ministro Orlando Teixeira da Costa, do Tribunal Superior do Trabalho, magistrado e professor, em trabalho doutrinário que escreveu a respeito do tema - Os Servidores Públicos e a Justiça do Trabalho, in Rev. TRT/8ª R., 25/48, 11-23, jan.jun./1992 - registra que a Constituição de 1988 distingue o trabalhador do servidor público, 'tanto que versou a respeito de ambos em partes distintas do texto constitucional e atribuiu a cada um deles direitos e obrigações diversas, como não poderia deixar de ser'.
>
> O registro é procedente. A Constituição distingue, aliás, entre os seus próprios servidores: há os servidores públicos da organização central (Poder Legislativo, Poder Judiciário e Administração Direta do Poder Executivo), das autarquias e fundações públicas federais e os servidores das empresas públicas, sociedades mistas e outras entidades que explorem atividade econômica, estes últimos regidos pela CLT, assim empregados (CF, art.173, § 1º). Há, ainda, os temporários, sob regime contratual (CF, art. 37, IX). É perfeitamente adequado o registro do Ministro Orlando Costa: a Constituição distingue o servidor público daquele que trabalha para os entes privados, assim do trabalhador. No artigo 7º a Constituição se refere aos trabalhadores urbanos e rurais. Trabalhadores, pois, são 'os que prestam serviços aos empregadores e a empresas privadas', e os ' empregados das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de outras entidades, estatais ou paraestatais', leciona o juiz e professor Floriano Corrêa Vaz da Silva ('Servidor Público *versus* Administração: competência da Justiça Comum', *in Repertório IOB de Jurisprudência*, 1ª quinzena de agosto/91, 15/91, p. 265). Os servidores públicos civis são referidos nos artigos 39, 40 e 41, cuidando a Constituição, também, dos servidores militares (art. 42). Quando a Constituição quis estender ao servidor público um direito do trabalhador, foi expressa (CF,art. 39, § 2º; art. 42, § 1º). Trabalhador e servidor público, pois, têm conceito próprio, conceitos diferentes: trabalhador é, de regra, quem trabalha para empregador privado, inclusive os que prestam serviço a empresas públicas, sociedades mistas e entidades estatais que explorem atividade econômica (CF, art. 173, § 1º). Trabalhador é, de regra, o que mantém relação de emprego, é o empregado, o que tem empregador, e empregador é, em princípio, o ente privado. Porque poderá haver no serviço público, trabalhadores regidos pela CLT, o poder público, nestes casos, assumirá a condição de empregador.
>
> [...]
>
> Sob o ponto de vista legal, portanto, trabalhador é o 'prestador de serviço tutelado', de cujo conceito excluem-se os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio.
>
> [...]
>
> Se, conforme vimos de ver, o conceito de trabalhador não é o mesmo de servidor público, a Justiça do Trabalho não julgará dissídios de servidor público e poder público, mesmo porque poder público não emprega, dado que o regime do servidor público com o poder público é 'o regime de cargo, de funcionário público - não o de emprego', ou o ' regime designado, entre nós, como estatutário.' (Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 106).
>
> [...]
>
> Com propriedade, escreve o professor e magistrado Orlando Teixeira das Costa: 'o *caput* do artigo 114 da Constituição atribui competência à Justiça do Trabalho para resolver litígios decorrentes de relações de trabalho e não de relações estatutárias, pois se refere a dissídios entre trabalhadores e empregadores. Quando quis tratar dos servidores públicos civis, previu que eles seriam sujeitos a um regime único, regime que, por opção manifestada pelo legislador ordinário, através da Lei nº 8.122/90, foi o estatutário e não o contratual trabalhista' (ob. e loc.cits.).
>
> Na oportunidade, sustentou o Min. Moreira Alves: 'o texto constitucional, a meu ver só se aplica a relação de trabalho propriamente dita, e, portanto, aos entes públicos quando há relação de trabalho como sucede com referência a empregos temporários'. E o Min. Celso de Mello não destoou:
>
> '[...] as relações jurídico-estatuárias não se submetem, nas controvérsias delas resultantes, à jurisdição especial dos órgãos da Justiça do Trabalho, aos quais compete processar e julgar, dentre outras hipóteses, os dissídios individuais que antagonizem o Estado-empregador e os agentes que, com ele, mantenham vínculos de natureza estritamente contratual.
>
> [...]
>
> Refoge, pois, Senhor Presidente, à competência constitucional da Justiça do Trabalho a apreciação jurisdicional de causas que, não obstante concretizando e exteriorizando conflitos individuais, sejam instauradas entre o Poder Público e os seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo'.
>
> A decisão foi que a Constituição da República não autoriza conferir à expressão relação de trabalho alcance capaz de

abranger o liame de natureza estatutária que vincula o Poder Público e seus servidores. Daí, ter-se afirmado a incompetência da Justiça do Trabalho para julgar litígios entre ambos.
Ora, ao atribuir à Justiça do Trabalho competência para apreciar '*as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*', o *art. 114, inciso I*, da Constituição, não incluiu, em seu âmbito material de validade, as relações de natureza jurídico-administrativa dos servidores públicos"(Tribunal Pleno, *DJ* de 10.11.06).

Sobre o tema, aliás, já tive oportunidade de decidir o seguinte:

Em torno do paradigma, esta Suprema Corte possui jurisprudência pacífica no sentido de que compete à justiça comum pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público, fundadas em vinculo jurídico-administrativo. Cito precedente:
'[...]
2. Apesar de ser da competência da Justiça do Trabalho reconhecer a existência de vínculo empregatício regido pela legislação Trabalhista, não sendo lícito à Justiça Comum fazê-lo,é da competência exclusiva desta o exame de questões relativas a vínculo jurídico-administrativo.
3. Antes de se tratar de um problema de direito trabalhista, a questão deve ser resolvida no âmbito do direito administrativo, pois para o reconhecimento da relação trabalhista terá o juiz que se decidir se teria havido vício na relação administrativa a descaracterizá-la' (Rcl. nº 8.110/PI-AgR, Relator o Ministro Marco Aurélio, Relatora p/ acórdão a Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 21.10.09, *DJe*-27 divulgado em 11.2.10, publicado em 12.2.10).
É dever do Estado, através da Defensoria Pública, prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, c/c art.134 da CF/88). No caso dos autos, entretanto, a função foi desempenhada por um particular, requisitada a sua atuação de forma incidente, o que não é capaz de constituir vínculo com o poder público na condição de servidor público, definido como aquele que é vinculado ao Estado [...] *segundo regime jurídico próprio, que impõe sua atuação permanente, contínua e sob subordinação hierárquica, com remuneração proveniente dos cofres públicos* (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 573).
O reclamante fez juntar cópia parcial da reclamação trabalhista, cuja tramitação motivou o ajuizamento da presente reclamação constitucional.
Compulsados os autos, verifico que, na origem, Tiago Thoma Martins de Paula afirmou que o Estado do Mato Grosso foi condenado ao pagamento de *(...) R$4.000,00 (quatro mil reais) ao Reclamante, em razão do trabalho desenvolvido por este na defesa do acusado no processo supra [Ação Penal Pública Incondicionada nº 480/2005], que transitou em julgado em 18.03.2008* (f. 9).
Assim, o interessado não pretendeu o reconhecimento de vínculo de trabalho - nem estatutário, nem celetista - com o Estado de Mato Grosso, bem como não manifestou pretensão de recebimento de verbas trabalhistas.
A questão dos autos limita-se à execução de valores arbitrados por decisão judicial a título de honorários advocatícios para particular requisitado para atuar como defensor dativo em processo criminal, o que não encontra correspondência com o debate desenvolvido na decisão paradigmática desta Suprema Corte-ADI nº 3.395/DF-MC- relativo ao vínculo estabelecido entre o poder público e seus servidores.
Ressalto que a negativa de seguimento da presente reclamação por ausência de identidade de temas entre a decisão reclamada e o paradigma não resulta no reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para julgar ação de cobrança fundada em titulo judicial decorrente de atuação profissional como advogado dativo, matéria que deve ser discutida na via recursal própria" (Rcl. nº 7.283/MT, *DJe* de 18.06.10).

Decisão semelhante foi proferida pelo eminente Ministro Ayres Britto nos autos da Rcl. nº 4.761/MG (Tribunal Pleno, *DJe* de 7.8.09), em que, apesar de reconhecer a inadequação da via eleita para o fim perseguido pelo autor da ação, assim se pronunciou, sobre o tema de fundo em debate naqueles autos:

8. Como se vê, é patente a improcedência da presente reclamação. Isto porque, segundo reconheceu o próprio reclamado se trata de causas que sequer envolvem servidores públicos. O que se observa dos autos é que os interessados, após participarem de processos licitatórios, assinaram contratos administrativos cujo objeto era *a locação de veículos para prestação de serviços de transporte, com a finalidade de atender as necessidades das Coordenadorias de Educação, Esporte e Saúde do Município de Indianópolis-MG* (f. 149-170). Mais: o pedido contido nas petições iniciais é tão-somente o pagamento de nota-fiscal (f. 17-63). Não se pleiteia nenhuma verba trabalhista, nem o reconhecimento da condição de servidores públicos, a qualquer titulo. Ora, o que daí se conclui é que, embora a competência para julgar as causas objeto desta reclamação seja, a meu sentir, da Justiça comum, não houve qualquer afronta ao acórdão deste Supremo Tribunal Federal na ADI 3.395-DF.
9. Explico: se estivesse a apreciar um conflito de competência, não teria dúvida, diante desse quadro, em sufragar a competência da Justiça Comum.

No julgamento da Rcl. nº 8.110-AgR/PI, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal decidiu que as relações como essa em discussão nestes autos devem ser dirimidas pela Justiça Comum. Sua ementa assim dispõe:

Reclamação constitucional. Autoridade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal: Artigo 102, inciso I, alínea L, da Constituição da República. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395. Contratação de servidor sem concurso público: Competência da Justiça Comum. Causa de pedir relacionada a uma relação jurídico-administrativa. Agravo regimental provido e reclamação procedente. 1. O Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395 que 'o disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatuária'. 2. Apesar de ser da competência da Justiça do Trabalho reconhecer a existência

de vínculo empregatício regido pela legislação trabalhista, não sendo lícito a Justiça Comum fazê-lo é da competência exclusiva desta o exame de questões relativas a vínculo jurídico-administrativo. 3. Antes de se tratar de um problema de direito trabalhista a questão deve ser resolvida no âmbito do direito administrativo, pois para o reconhecimento da relação trabalhista terá o juiz que decidir se teria havido vício na relação administrativa a descaracterizá-la. 4. No caso, não há qualquer direito disciplinado pela legislação trabalhista a justificar a sua permanência na Justiça do Trabalho. 5. Precedentes: Reclamação 4.904, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Plenário, *DJe* 17.10.2008 e reclamações 4.489-AgR, 4.054 e 4.012, Plenário, *DJe* 21.11.2008, todos Redatora para o acórdão a Ministra Cármen Lúcia. 6. Agravo regimental a que se dá provimento e reclamação julgada procedente (*DJe* de 12.2.10).

No caso presente, muito embora a recorrida não seja funcionária pública vinculada ao recorrente por uma relação de caráter estatutário, é inegável que a esse, ainda que indiretamente, prestou serviços e, portanto, entre eles instaurou-se uma relação de caráter jurídico-administrativo, em razão de sua atuação como defensora dativa em beneficio de pessoas que não tinham condições de contratar advogados para a defesa de seus interesses em Juízo, o que provavelmente decorreu da deficiência do próprio Estado em prestar à população carente adequado serviço de assistência judiciária gratuita.

Prestados esses serviços, cujo pagamento, em tese, incumbiria ao Estado, o não adimplemento dessa obrigação, a seu cargo, ensejou a tomada de medidas judiciais cabíveis por parte da recorrida.

Contudo, o litígio disso decorrente não configura uma demanda de índole trabalhista, pois inexistiu relação de trabalho entre as partes - ao menos da forma como esta Suprema Corte entende ser necessária para que se firme a competência da Justiça Federal do Trabalho para o processamento do feito.

Em arremate, transcrevo, por oportuno, o seguinte trecho da fundamentação de decisão proferida por mim sobre o tema:

> 2. Apesar de ser da competência da Justiça do Trabalho reconhecer a existência de vínculo empregatício regido pela legislação trabalhista, não sendo lícito à Justiça Comum fazê-lo, é da competência exclusiva desta o exame de questões relativas a vínculo jurídico-administrativo.
> 3. Antes de se tratar de um problema de direito trabalhista a questão deve ser resolvida no âmbito do direito administrativo, pois, para o reconhecimento da relação trabalhista terá o juiz que decidir se teria havido vício na relação administrativa a descaracterizá-la. (Rcl. nº 8.110/PI-AgR, Relator Ministro Marco Aurélio, Redatora p/ o acórdão Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 21.10.09, *DJe-27* divulgado em 11.02.10, publicado em 12.2.10).
> É dever do Estado, através da Defensoria Pública, prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art.5º, LXXIV, c/c art.134 da CF/88). No caso dos autos, entretanto, a função foi desempenhada por um particular, requisitada a sua atuação de forma incidente, que não é capaz de constituir vínculo com o Poder Público na condição de servidor público, definido como aquele que é vinculado ao Estado [...] segundo regime jurídico próprio, que impõe sua atuação permanente, contínua e sob subordinação hierárquica, com remuneração proveniente dos cofres públicos (JUSTIN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.573).
> O reclamante fez juntar cópia parcial da ação trabalhista, cuja tramitação motivou o ajuizamento da presente reclamação constitucional.
> Compulsados os autos, verifico que, na origem, Antônio José Pereira de Souza afirma que exerceu a defesa técnica de réu juridicamente necessitado, suprindo a deficiência do Estado em lhe prestar a devida assistência judiciária, razão pela qual pleiteia o pagamento de honorários advocatícios pelo Estado, calculado de acordo com tabela editada pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Estado do Espírito Santo.
> O interessado não pretende o reconhecimento de vínculo de trabalho sem estatuário, nem celetista com o Estado do Espírito Santo, bem como a há pretensão de recebimento de verbas trabalhistas.
> A questão dos autos limita-se à cobrança de contraprestação pecuniária (honorários advocatícios) pelo Estado, em razão do exercício de defesa técnica por particular requisitado como advogado dativo em causa de natureza penal [...] (Rcl nº 4.319-AgR/ES, Tribunal Pleno, *DJe* de 25.10.10)

Nessa conformidade, mostra-se de rigor o reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Federal do Trabalho para o processamento do feito, que deve ser redistribuído a uma das varas cíveis da Comarca de Uberaba (MG).

Ante o exposto, e para tal fim, voto pelo provimento do recurso.

Voto

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, trago, também aqui, só para reforço do argumento do eminente Relator, vários outros fundamentos no sentido de que não se engendra nenhuma relação de trabalho. Na verdade, é uma relação que se funda no Direito Administrativo; qualquer analogia deve ser feita sob esse aspecto. Mas cito também a ADI nº 3.395, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, cujo teor é exatamente o seguinte:

> Reclamação. Ação de execução de honorários advocatícios ajuizada contra o Estado de Mato Grosso. Advogado requisitado para atuar como defensor dativo.
> 1 - *A eventualidade da relação jurídica estabelecida entre a Administração e o advogado dativo não permite seja este considerado servidor público.*

Assento, também, que a competência é da justiça comum e não da Justiça de Direito de Trabalho, não só porque o regime jurídico é administrativo, mas também porque não são apenas os servidores estatuários que se sujeitam a regime de Direito Administrativo, também os

regem disposições especificas das contratações por tempo determinado.

De sorte que acompanho o Relator, também, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, antes da Emenda Constitucional nº 45, a Carta remetia a certa relação jurídica.

Versava o artigo 114:

> Art.114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores... - e vinha o vocábulo a atrair a relação jurídica regida pela CLT e empregadores.

O que houve a partir da Emenda, Presidente? Houve o elastecimento da competência da Justiça do Trabalho. Lançou-se preceito não mais exigindo o vínculo empregatício para ter-se como atraída essa competência. Previu-se que seria Justiça do Trabalho, como a própria nomenclatura sinaliza, competente para julgar qualquer conflito alusivo ao trabalho.

Situação concreta: teria sido designado defensor dativo para defender uma parte em certo processo. Evidentemente, esse defensor prestou serviços e caberia remunerá-lo, e penso que a remuneração seria a partir dos ônus da sucumbência. Os honorários teriam sido impostos pelo próprio Juízo?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (Relator) - São os valores devidos pela prestação do serviço. Ela entrou com uma ação contra o Estado cobrando esses valores.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (Presidente) - O caso aqui foi perante o juízo criminal, advogadaodativo criminal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEM LÚCIA - Porque normalmente, Ministro o juiz designa como advogada dativa, e o Estado teria de pagar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Peço vênia Presidente, para entender que, no caso, a cláusula constitucional, hoje alusiva à competência, é abrangente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É como eu tenho votado também, Excelência, na linha do seu pensamento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E quando o inciso I se refere à atuação do Judiciário Cível especializado, que é o do Trabalho, para processar e julgar ações decorrentes da relação de trabalho, tem-se o gênero.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Perfeito, se não for relação estatutária, cai na Justiça do Trabalho.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E, na espécie, sem perquirir se ocorre carência da ação proposta, se o caso é de improcedência do pedido formulado pelo profissional da advocacia, reclama-se a partir de um trabalho desenvolvido, e reclama-se do Estado tendo em conta a designação para prestar a assistência judiciária ao menos afortunado pelo próprio Estado-juiz. Por isso, compete à Justiça do Trabalho julgar a ação.

Peço vênia ao relator para divergir e desprover o recurso do Estado de Minas Gerais.

Voto

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, também divirjo na linha do voto do Ministro Marco Aurélio.

Extrato de ata

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto. Autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente casos idênticos. Votou o Presidente, Ministro Cézar Peluso.

Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 25.05.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso.

Presentes á sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ *Luiz Tomimatsu* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 21.06.2011.)

...

Habeas corpus - Processual penal - Réu - Constituição de novo defensor - Ausência de intimação para oferecimento das razões de apelação - Nulidade - Alegação - Improcedência - Apelo interposto pelo antigo patrono - Prejuízo - Inexistência - Ordem denegada

I - Não procede a alegação de nulidade em razão da não intimação do novo patrono constituído pelo paciente para apresentar as razões de apelação. Isso

porque o antigo advogado, que não teve seus poderes expressamente revogados, interpôs o apelo e apresentou as razões, de modo que não há de falar em cerceamento de defesa.

II - Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não se declara a nulidade de ato processual se a alegação não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo sofrido pelo réu. Precedentes.

III - Ordem denegada.

HABEAS CORPUS Nº 106.747-MG - Relator: MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Paciente: Ataídes Pereira da Silva. Impetrante: Bernardo Diogo de Vasconcelos Murta. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, denegar o ordem de *habeas corpus*, nos temos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Luiz Fux.

Brasília, 26 de abril de 2011. - *Ministro Ricardo Lewandowski* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de medida liminar, impetrado por Bernardo Diogo de Vasconcelos Murta em favor de Ataídes Pereira da Silva, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no *HC* 85.508/MG, Relator para o acórdão Min. Paulo Gallotti e contra decisão monocrática do Min. Nilson Naves, que julgou prejudicado o REsp 1.074.690/MG.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado a uma pena de dez anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 58 dias-multa, pela prática do delito previsto nos arts. 180, *caput* (receptação), e 311, § 1º (alteração de sinal identificador de veículo automotor), ambos por 32 vezes, combinados com os arts. 69 (concurso material) e 71 (concurso formal), todos do Código Penal.

O impetrante narra, em suma, que, após a prolação da sentença condenatória, o paciente constituiu novos patronos os advogados Juliana Costa Arruda e André Luiz de Mendonça, que foram regularmente intimados do *decisum* condenatório.

Prossegue, informando que o advogado até então constituído, não obstante a revogação tácita dos poderes resultante da juntada da nova procuração, interpôs recurso de apelação.

Diz, em seguida, que os novos advogados também recorreram da sentença, protestando pela apresentação das razões na instância superior.

Afirma que, todavia, os novos procuradores não foram intimados para apresentar as razões recursais, fato que teria causado enorme prejuízo á defesa do paciente. Alega que tal nulidade foi suscitada em preliminar, sendo rejeitada pelo Desembargador-Relator.

Ainda irresignada, a defesa opôs embargos declaratórios contra o acórdão que negou provimento ao apelo, os quais foram rejeitados.

Noticia, mais, que foi, então, interposto recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, bem como manejado *habeas corpus* na mesma Corte.

Ao apreciar o *mandamus*, a Sexta Turma entendeu pela denegação da ordem. O recurso especial, em razão da identidade com a matéria veiculada no *writ*, foi julgado prejudicado em decisão monocrática do Ministro Nilson Naves.

É contra a decisão que denegou a ordem de *habeas corpus* no STJ que se insurge o impetrante.

Sustenta, em síntese, a nulidade da ação penal em face do cerceamento de defesa suportado pelo réu.

Afirma, para tanto, que é expressão do direito de defesa a livre escolha do advogado, o que não se verificou no caso sob exame, uma vez que "já nomeados novos procuradores, o antigo já destituído, mesmo assim, desrespeitando a vontade do paciente, apresentou razões recursais".

Assevera, em acréscimo, que a decisão do STJ violou o art. 5º, LV, da Carta Magna e o art. 8º do pacto de São José da Costa Rica.

Requer, ao final, a concessão da ordem, em caráter liminar, para que se anule a ação penal desde o julgamento da apelação, possibilitando ao paciente nomear advogado de sua confiança para apresentar as respectivas razões recursais.

Em 22/12/2010, o Ministro Presidente desta Corte indeferiu a liminar e determinou fosse ouvido o Procurador-Geral da República.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

O acórdão impugnado porta a seguinte ementa:

> *Habeas corpus*. Receptação e adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Apelação. Constituição de novo defensor. Falta de intimação para apresentar novas razões recursais. Nulidade. Inocorrência. Prejuízo não demonstrado. Ordem denegada.
> 1 - Tendo sido apresentadas as razões recursais por advogado com procuração nos autos, e juntando-se aos autos instrumento outorgando poderes a outro defensor, sem que haja prova de ter sido revogado o mandato anterior, a falta de intimação do último para oferecer novas razões não é causa de nulidade processual.
> 2 - Para o reconhecimento de nulidade no processo penal, é imprescindível a demonstração do prejuízo, o que não ocorreu na hipótese, pois foram apresentadas as razões recursais pelo antigo advogado e a nova defensora atuou em segundo grau, peticionando, sustentando oralmente e apresentando memoriais, deixando a defesa de apontar, de forma concreta, o efetivo prejuízo suportado pelo paciente.
> 3 - Ordem denegada.

Conforme relatado, neste *habeas corpus* o impetrante pleiteia a concessão da ordem para que, ao final, seja declarada a nulidade do processo, desde o julgamento da apelação, em virtude da ausência de intimação dos novos advogados constituídos pelo ora paciente para apresentar as razões recursais.

Inviável o pedido. Com efeito, tenho que o acórdão recorrido não merece nenhum reparo.

Verifica-se, no caso sob exame, que, conquanto os novos defensores não tenham sido intimados para apresentar as razões de apelação, o patrono anteriormente constituído, que não teve os poderes expressamente revogados, interpôs o recurso e ofereceu as razões oportunamente, de modo que não há falar em cerceamento de defesa.

Foi o que consignou o Ministro Paulo Gallotti em seu voto, do qual destaco o seguinte trecho:

> [...] a apelação foi manejada por advogado com procuração nos autos, e não há prova de que seus poderes tenham sido revogados. A procuração de f. 46 nada esclarece a respeito.
> Se houvesse sido expressamente revogado o mandato anteriormente conferido, estar-se-ia diante de quadro de incerteza, pois não é possível o exame de duas apelações, dada a unicidade recursal, revelando-se correta a decisão de não se abrir vista dos autos para a apresentação de novas razões.
> Nessa mesma esteira, o representante do *Parquet* Federal assentou que 'a juntada do recurso e das razões recursais acarretou a preclusão consumativa do ato, segundo a qual, uma vez praticado o ato processual, não poderá ser mais uma vez oferecido'.

Por outro lado, cumpre ressaltar, também, que a defesa não demonstrou o prejuízo que teria advindo da apresentação das razões de apelação pelo patrono anteriormente constituído. Como se sabe, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de não reconhecer nulidade, ainda que absoluta, quando não houver prova de efetivo prejuízo para a parte.

É o que se extrai, *verbi gratia*, do *HC* 85.155/SP, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, no qual se assentou que a demonstração do prejuízo,

> a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas.

Nesse ponto, colho voto-vista proferido pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, trecho que entendo suficiente para deslinde da controvérsia:

> [...]
> Eis, segundo minha ótica, o ponto nevrálgico destes autos: não se alinhou, satisfatoriamente, qual teria sido o prejuízo sofrido pelo paciente, não tendo os impetrantes apontado tese defensiva que não tivesse sido analisada nas razões apresentadas pelo Dr. Vinícius, e que poderia então ter obtido melhor sucesso. Ora, a Dra. Juliana não deixou de atuar em segundo grau, peticionando, apresentando memoriais e promovendo sustentação oral. Não se evidenciou qualquer ponto omisso nas razões apresentadas pelo Dr. Vinícius. Logo, ausente a demonstração do prejuízo, não há se falar em nulidade a macular o feito.

A mesma orientação foi adotada no julgamento do *HC* 82.899/SP, Rel. Min.Cezar Peluso, o qual porta a seguinte ementa:

> Ação penal. Processo. [...]. Ausência de prejuízo ao réu. Nulidade inexistente. *HC* denegado. Precedentes. *Não há, no processo penal, nulidade, ainda que absoluta, quando do vício alegado não haja decorrido prejuízo algum ao réu*.

Assim, penso que não há qualquer constrangimento ilegal contra o paciente a ser afastado por esta Corte.

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

Extrato de ata

Decisão: A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Luiz Fux. Presidência da Senhora Ministra Cármem Lúcia. 1ª Turma, 26.04.2011.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Carmen Lílian - Coordenadora.

(Publicado no *DJe* de 16.05.2011.)

...

Agravo regimental - Reclamação - Processo civil e do trabalho - Direito administrativo - Competência - Reclamação trabalhista - Contratação temporária de agentes pelo Poder Público - Alegação de nulidade do vínculo - Pleito de verbas rescisórias decorrentes de suposta caracterização como relação de emprego - Processo em curso na Justiça do Trabalho - Ofensa à autoridade da decisão proferida na ADIN nº 3.395/DF - Competência da Justiça Comum - Agravo regimental provido - Reclamação julgada procedente

1 - Compete à Justiça Comum o julgamento de demandas ajuizadas em decorrência de vínculo jurídico-administrativo firmado entre a Administração Pública e seus agentes, ainda que formulado pedido de verbas de natureza trabalhista por conta de suposta nulidade no vínculo funcional, excluída a competência da Justiça Laboral.

2 - Reclamação ajuizada sob o fundamento de descumprimento à autoridade da decisão proferida na ADIN nº 3.395/DF, porquanto em curso, na Justiça do Trabalho, demanda em que ex-agente público postula verbas rescisórias decorrentes de suposta nulidade no vínculo de contratação temporária a que estava submetido.

3 - In casu, resta caracterizada a ofensa à autoridade da *ratio decidendi* firmada na ADIN nº 3.395/DF, de vez que em curso, na Justiça do Trabalho, feito cujo julgamento cabe à Justiça Comum. Precedentes: Rcl 7633 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 23.06.2010; Rcl 7028 AgR, Relatora Min.ª Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 16.09.09; Rcl 5954, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 02.06.10; e Rcl 7109 AgR, Relator Min. Menezes Direito Tribunal Pleno, j. em 02.04.09; e Rcl 5171, Relatora: Min.ª Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 21.08.2008.

4 - Agravo regimental provido para julgar procedente a reclamação.

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO 10.587-MG - Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO - Redator do acórdão: MINISTRO LUIZ FUX

Agravante: Estado de Minas Gerais. Advogado: Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais. Agravado: Rafael José Pereira. Advogada: Sônia Maria da Silva Fernandes. Interessado: Tribunal Superior do Trabalho. Advogado: Advogado-Geral da União.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso de agravo e julgar procedente a reclamação.

Brasília, 13 de abril de 2011. - *Ministro Luiz Fux* - Redator para o acórdão.

Relatório

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Por meio da decisão formalizada em 22 de fevereiro de 2011, neguei seguimento à reclamação consignando:

> Reclamação- Pedido manifestadamente improcedente - Negativa de sequência.
> 1 - O Estado de Minas Gerais formalizou esta medida considerada a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395-6/DF. Visa a suspender reclamação trabalhista em trâmite no Tribunal Superior do Trabalho, formalizada com o objetivo de serem reconhecidos direitos trabalhistas - aviso prévio, depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, entre outros - de ex-servidor público. Requer a concessão de liminar.
> Discorre sobre o tema de fundo do processo, asseverando o descompasso com a medida acauteladora deferida na citada ação direta de inconstitucionalidade, da relatoria do Ministro Cezar Peluso.
> A autoridade reclamada transcreve o acórdão prolatado no recurso de revista, mediante o qual confirmada a competência da Justiça do Trabalho assentada pelo Regional, considerando o vínculo havido sob a égide da Consolidação da Leis do Trabalho. Menciona o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 205 da SBD-1.
> O interessado Rafael José Pereira, apesar de intimado quedou silente, conforme certidão da Secretaria Judiciária.
> 2 - Não concorre a pertinência do pleito. A liminar aludida na citada ação direta de inconstitucionalidade ficou restrita ao afastamento de interpretação do inciso I do artigo 114 da Carta Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que implique reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para apreciar conflitos atinentes a regime especial, de caráter jurídico-administrativo. Consoante se depreende dos documentos juntados ao processo, há em síntese, o envolvimento de conflito trabalhista, presente a articulação, como causa de pedir, da regência do vínculo pela Consolidação das Leis do Trabalho.
> 3 - Ante o disposto no artigo 21, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal, nego seguimento à reclamação.
> 4 - Publiquem.

O Estado de Minas Gerais, no regimental, reitera as razões expendidas na inicial, no tocante à incompetência da Justiça Especializada do Trabalho para julgar a causa, sustentando que a relação jurídica em discussão possui caráter administrativo. Salienta, por fim, ser o cargo em questão regido pela Lei Estadual nº 10.254/90.

A parte agravada, apesar de intimada, não apresentou contraminuta.

É o relatório

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Relator) - Na interposição deste agravo, foram observados os pressupostos de recorribilidade. A peça foi subscrita por procurador estadual. A decisão atacada mediante este agravo foi publicada no *Diário da Justiça* de 1º de março de 2011, terça-feira. Excluído tal dia da contagem, o termo final ocorreu no dia 11 imediato, sexta-feira. Este recurso veio a ser protocolado em 2 de março seguinte e, portanto, dentro do prazo fixado em lei. Conheço.

A alegação do agravante não merece prosperar. Percebam a premissa da decisão mediante a qual foi negado seguimento à reclamação. Mostra-se única, ou seja, estar o processo envolvido na espécie sob o crivo da Justiça do Trabalho, ante a causa de pedir e pedidos específicos, ligados à existência de contrato de trabalho. A caracterização, ou não, da citada relação jurídica tem definição a cargo da jurisdição cível especializada referida. Em síntese, o pleito do Município surgiu manifestamente improcedente no que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395-6/DF, em apreciação precária e efêmera, porque atinente a medida acauteladora, apenas se afastou interpretação do inciso I do artigo 114 da Carta Federal, na redação imprimida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que possa implicar reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para examinar conflitos concernentes a regime especial de natureza jurídico-administrativa.

Ante o quadro, desprovejo o agravo.

Voto

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu ia fazer essa observação, Ministro Marco Aurélio, de que o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar nos seus conflitos de competência essa tese predominante do Plenário. De sorte que uma votação diversa geraria, digamos assim, insegurança jurisprudencial muito expressiva lá no Superior Tribunal de Justiça. Tenho a impressão de que o Plenário aqui decidiu, quando se trata de servidor público, que esse regime se subsume à competência da Justiça comum, não à da Justiça do Trabalho.

Voto

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (Redator para o acórdão) - Com a devida vênia do entendimento do nobre relator, a jurisprudência desta Corte tem se inclinado, com base na decisão proferida pelo Plenário na ADIN nº 3.395/DF, pelo reconhecimento da competência da justiça comum, e não da justiça do trabalho, para apreciar demandas ajuizadas em decorrência de vínculo jurídico-administrativo firmado entre a Administração Pública e seus agentes, ainda que, como elemento do pedido, sejam postuladas verbas de natureza trabalhista por conta da extinção do vinculo.

Foi seguindo essa linha que, no Plenário deste Tribunal, foram proferidos os seguintes precedentes em sede de reclamação, reafirmando o descumprimento da *ratio decidendi* firmada na ADIN nº 3.395/DF, *verbis:*

> Agravo regimental na reclamação. Administrativo e Processual Civil. Dissídio entre servidores e o Poder Público -ADI nº 3.395/DF-MC. Cabimento da reclamação. Incompetência da Justiça do Trabalho.
> 1 - A reclamação é meio hábil para conservar a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a eficácia de suas decisões. Não se reveste de caráter primário ou se transforma em sucedâneo recursal quando é utilizada para confrontar decisões de juízos e tribunais que afrontam o conteúdo do acórdão do STF na ADI nº 3.395/DF-MC.
> 2 - Compete à justiça comum pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público fundadas em vínculo jurídico-administrativo. É irrelevante a argumentação de que o contrato é temporário ou precário, ainda que haja sido extrapolado seu prazo inicial, bem assim se o liame decorre de ocupação de cargo comissionado ou função gratificada.
> 3 - Não descaracteriza a competência da justiça comum, em tais dissídios, o fato de se requerer verbas rescisórias, FGTS e outros encargos de natureza símile, dada a prevalência da questão de fundo, que diz respeito à própria natureza da relação jurídico-administrativa, posto que desvirtuada ou submetida a vícios de origem, como fraude, simulação ou ausência de concurso publico. Nesse último caso, ultrapassa o limite da competência do STF a investigação sobre o conteúdo dessa causa de pedir específica.
> 4 - A circunstância de se tratar de relação jurídica nascida de lei local, anterior ou posterior à Constituição de 1988, não tem efeito sobre a cognição da causa pela justiça comum.
> 5 - Agravo regimental não provido (Rcl. 7633 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 23.06.2010, *DJe*-173, divulg. 16.09.2010, publ. 17.09.2010, Ement. vol. 02415-02, p. 268).

> Reclamação. Administrativo e Processual Civil. Dissídio entre servidores e o Poder Público. ADI nº 3.395- MC/DF. Cabimento da reclamação. Incompetência da Justiça do Trabalho.
> 1 - A reclamação é meio hábil para conservar a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a eficácia de suas decisões. Não se reveste de caráter primário ou se transforma em sucedâneo recursal quando é utilizada para confrontar decisões de juízos e tribunais que afrontam o conteúdo do acórdão do STF na ADI nº 3.395-MC/DF
> 2 - Compete à justiça comum pronunciar-se sobre a existência, a validade e a eficácia das relações entre servidores e o poder público fundadas em vínculo jurídico-administrativo. É irrelevante a argumentação de que o contrato é temporário ou precário, ainda que haja sido extrapolado seu prazo inicial, bem assim se o liame decorre de ocupação de cargo comissionado ou função gratificada.

3 - Não descaracteriza a competência da justiça comum, em tais dissídios, o fato de se requerer verbas rescisórias, FGTS e outros encargos de natureza símile, dada a prevalência da questão de fundo, que diz respeito à própria natureza da relação jurídico-administrativa, posto que desvirtuada ou submetida a vícios de origem, como fraude, simulação ou ausência de concurso público. Nesse último caso ultrapassa o limite da competência do STF a investigação sobre o conteúdo dessa causa de pedir específica.
4 - Parte das ações trabalhistas, vinculadas à reclamação, já transitaram em julgado, o que implica o não conhecimento do incidente quanto a esse feito.
5. Reclamação conhecida parcialmente e, nessa parte, julgada procedente (Rcl. 5954, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 02.06.2010, *DJe*-200, divulg. 21.10.2010, public. 22.10.2010, Ement. vol.-02420-01, p. 00133).

Agravo Regimental em Reclamação. Ofensa à decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395/DF. Contratação temporária para o exercício de função pública. Regime juridico-administrativo. Incompetência da justiça do trabalho para examinar eventual nulidade da contratação. Competência da justiça comum estadual.
1 - A Justiça do Trabalho não detém competência para processar e julgar causas que envolvam o Poder Público e servidores a ele vinculados, mesmo que por contrato temporário com prazo excedido, por se tratar de relação jurídico-administrativa.
2 - Ainda que possa ter ocorrido desvirtuamento da contratação temporária para o exercício de função pública, não cabe à Justiça do Trabalho analisar a nulidade desse contrato.
3 - Existência de precedentes desta Corte nesse sentido.
4 - Agravo regimental ao qual se nega provimento (Rcl. 7028 AgR, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. em 16.09.2009, *DJe* -195, divulg. 15.10.2009, public. 16.10.2009, Ement. vol. 02378-02, p. 206).

Agravo regimental. Contrato temporário. Regime Jurídico administrativo. Ausência de argumentos capazes de modificar a decisão agravada. Agravo regimental não provido.
1 - Competência da Justiça comum para processar e julgar as causas envolvendo o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa.
2 - Prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário não altera a natureza jurídica de cunho administrativo que se estabelece originalmente.
3 - Agravo regimental desprovido (Rcl. 7109 AgR) Relator Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2009, *DJe*-148 divulg. 06.08.2009 public. 07.08.09 ement. vol-02368-02, p. 00315, *RDECTRAB*, v. 16, n. 182, 2009, p. 121-128, *LEXSTF* v. 31, n. 368, 2009, p. 257-265).

Reclamação. Agência Nacional de Telecomunicações. Anatel. Contrato temporário. Regime jurídico administrativo. Descumprimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395. Competência da Justiça Federal.
1 - Contrato firmado entre a Anatel e a Interessada tem natureza jurídica temporária e submete-se ao regime jurídico administrativo, nos moldes do inc. XXIII do art. 19 da Lei nº 9.472/97 e do inciso IX do art. 37 da Constituição da República.
2 - Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa. Precedentes.
3 - Reclamação julgada procedente (Rcl. 5171, Relatora Min.ª Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 21.08.2008, *DJe* 187, divulg. 02.10.2008, public. 03.10.2008, ement. vol. 02335-01, p. 00078, *RTJ* vol. 00207-01, p. 00266, *RT* vol. 98, n. 879, 2009, p.154-162).

Ex positis, voto no sentido de dar provimento ao agravo regimental para julgar procedente a reclamação, assentando a incompetência da justiça do trabalho para o julgamento da causa, do que há de decorrer a remessa dos autos à justiça comum.

Extrato de ata

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), deu provimento ao recurso de agravo e julgou procedente a reclamação. Votou o Presidente. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausentes o Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), em participação do Seminário "Jornadas Jurídicas Portugal-Brasil-Alemanha: Direito Privado e Direito Constitucional", em Lisboa, Portugal; O Senhor Ministro Gilmar Mendes, representando o Tribunal na inauguração do Centro de Investigação de Direito Constitucional Peter Häberle, da Universidade de Granada, em Granada, Espanha; justificadamente o Senhor Ministro Dias Toffoli e, neste julgamento o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). Plenário, 13.04.2011.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia e Luiz Fux.

Vice-Procuradora-Geral da República, a Dr.ª Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ *Luiz Tomimatsu* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 17.05.2011.)

...

ÍNDICE NUMÉRICO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corte Superior

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.08.480864-1/000	ADIn	Bonfim	Duarte de Paula	63
1.0000.10.054450-1/000	Mand. de Segurança	Belo Horizonte	Armando Freire	51
1.0000.10.066585-0/000	A.Penal - Proc.Ord.	Itaúna	Paulo Cézar Dias	54
1.0000.10.070753-8/000	Mand.de Segurança	Belo Horizonte	Almeida Melo	59

Jurisprudência Cível

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.08.481721-2/000	Mand.de Seg.	Belo Horizonte	Brandão Teixeira	294
1.0000.10.047649-8/000	Mand.de Seg.	Belo Horizonte	Vanessa Verdolim Hudson Andrade	94
1.0000.11.024239-3/000	Confl.de Comp.	Contagem	Versiani Penna	276
1.0011.08.020522-9/002	Ap.Cível	Aimorés	Elias Camilo	162
1.0012.04.001285-3/001	Ap.Cível	Aiuruoca	Cabral da Silva	199
1.0012.10.000185-3/001	Ap.Cível	Aiuruoca	Mauro Soares de Freitas	152
1.0024.06.092084-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Guilherme Luciano Baeta Nunes	283
1.0024.06.217844-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Dídimo Inocêncio de Paula	123
1.0024.07.565965-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Wagner Wilson Ferreira	267
1.0024.07.676981-9/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Lucas Pereira	297
1.0024.07.822907-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Sebastião Pereira de Souza	303
1.0024.08.075421-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Maurício Barros	109
1.0024.08.098081-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Mota e Silva	292
1.0024.08.223022-8/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Marcos Lincoln	227
1.0024.08.251530-5/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Belo Horizonte	André Leite Praça	193
1.0024.08.268383-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	José Antônio Braga	258
1.0024.08.273762-8/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Marcelo Rodrigues	230
1.0024.08.288952-8/001	Reex.Nec.Cível	Belo Horizonte	Audebert Delage	261
1.0024.08.942234-9/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Antônio Sérvulo	149
1.0024.08.995930-8/002	Reex.Nec.Cív.	Belo Horizonte	Moreira Diniz	150
1.0024.09.535506-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Geraldo Augusto	143
1.0024.09.648174-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Barros Levenhagen	145
1.0024.09.648942-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Armando Freire	146
1.0024.10.115858-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Oliveira Firmo	223
1.0024.10.150973-5/001	Agr.Instr.Cív.	Belo Horizonte	Áurea Brasil	115
1.0024.10.194556-6/001	Agr.Instr.Cív.	Belo Horizonte	Luiz Carlos Gomes da Mata	119
1.0024.10.243885-0/001	Agr.Instr.Cív.	Belo Horizonte	Manuel Saramago	132
1.0024.11.010397-5/002	Agravo	Belo Horizonte	Kildare Carvalho	80
1.0024.11.018023-9/001	Agr.Instr.Cív.	Belo Horizonte	Evangelina Castilho Duarte	159
1.0024.11.081164-3/001	Agr.Instr.Cív.	Belo Horizonte	Arnaldo Maciel	218
1.0024.98.136992-9/002	Agr.Instr.Cív.	Belo Horizonte	Valdez Leite Machado	165
1.0026.07.026994-4/001	Ap.Cível	Andradas	Antônio de Pádua	86
1.0027.08.146823-6/001	Ap.Cível	Betim	Nilo Lacerda	113

1.0054.09.033907-5/001	Agr.Instr.Cív.	Barão de Cocais	Domingos Coelho 90
1.0071.08.037483-9/001	Ap.Cível	Boa Esperança	Albergaria Costa 92
1.0079.08.409958-3/001	Ap.Cível	Contagem	Tibúrcio Marques 264
1.0097.10.001413-9/001	Ap.Cível	Cachoeira de Minas	Alberto Henrique 69
1.0105.08.247870-9/001	Ap.Cível	Gov.Valadares	Otávio de Abreu Portes 255
1.0132.08.012515-7/001	Ap.Cível	Carandaí	Fernando Caldeira Brant 201
1.0134.07.091452-5/002	Ap.Cível	Caratinga	Almeida Melo 220
1.0144.07.022104-5/001	Ap.Cível	Carmo do Rio Claro	José Flávio de Almeida 82
1.0145.02.051432-2/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Silas Vieira 98
1.0145.04.141873-5/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Márcia De Paoli Balbino 183
1.0183.10.011993-6/001	Agr.Instr.Cív.	Cons.Lafaiete	Alberto Vilas Boas 81
1.0188.06.050596-6/001	Ap.Cível	Nova Lima	Generoso Filho 210
1.0194.08.089426-5/001	Ap.Cível	Cel. Fabriciano	Rogério Medeiros 238
1.0194.09.097838-9/001	Ap.Cível	Cel.Fabriciano	Saldanha da Fonseca 111
1.0194.10.001546-1/001	Agr.Instr.Cív.	Cel.Fabriciano	Edilson Fernandes 71
1.0194.10.007288-4/001	Agr.Instr.Cív.	Cel. Fabriciano	Peixoto Henriques 154
1.0223.10.013962-3/001	Agr.Instr.Cív.	Divinópolis	Batista de Abreu 203
1.0241.09.029617-9/001	Ap.Cível	Esmeraldas	Nicolau Masselli 87
1.0245.06.091208-7/001	Ap.Cível	Santa Luzia	José Marcos Vieira 247
1.0287.09.055574-2/001	Ap.Cível	Guaxupé	José Affonso da Costa Côrtes 215
1.0313.06.204021-4/002	Ap.Cível	Ipatinga	Francisco Kupidlowski 120
1.0382.08.089672-5/001	Ap.Cível	Lavras	Selma Marques 241
1.0382.10.007474-1/001	Ap.Cível	Lavras	Luciano Pinto 273
1.0384.05.040818-4/002	Reex.Nec.Cív.	Leopoldina	Wander Marotta 166
1.0384.08.071691-1/001	Ap.Cível	Leopoldina	Vieira de Brito 105
1.0393.09.031615-8/001	Reex.Nec.Cív.	Manga	Heloísa Combat 237
1.0394.06.055026-3/001	Ap.Cível	Manhuaçu	Maurílio Gabriel 213
1.0398.08.009151-3/001	Ap.Cível	Mar de Espanha	Eduardo Andrade 74
1.0439.08.095474-6/001	Ap.Cível	Muriaé	Fernando Botelho 171
1.0439.10.016319-5/001	Agr.Instr.Cív.	Muriaé	Wanderley Paiva 207
1.0444.09.003119-6/002	Ap.Cível	Natércia	Pereira da Silva 72
1.0453.05.004988-2/001	Ap.Cível	Novo Cruzeiro	Eduardo Mariné da Cunha 268
1.0456.05.036738-6/001	Ap.Cível	Oliveira	Tarcísio Martins Costa 279
1.0456.09.069005-2/001	Ap.Cível	Oliveira	Sandra Fonseca 104
1.0480.01.025347-8/001	Agr.Instr.Cív.	Patos de Minas	Antônio Bispo 209
1.0481.06.054406-3/001	Ap.Cível	Patrocínio	Gutemberg da Mota e Silva 211
1.0498.05.006146-0/004	Ap.Cível	Perdizes	Belizário de Lacerda 233
1.0498.09.014874-9/002	Ap.Cível	Perdizes	Teresa Cristina da Cunha Peixoto 84
1.0514.07.029177-8/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Pitangui	Edivaldo George dos Santos 277
1.0518.06.098267-6/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Poços de Caldas	Edgard Penna Amorim 250
1.0518.09.170088-1/001	Ap.Cível	Poços de Caldas	Alvimar de Ávila 117
1.0518.10.015547-3/001	Ap.Cível	Poços de Caldas	Tiago Pinto 205
1.0521.07.060845-5/005	Ap.Cível	Ponte Nova	Alberto Aluízio Pacheco de Andrade . . 216
1.0620.10.001762-8/001	Ap.Cível	S.Gonçalo do Sapucaí	Dárcio Lopardi Mendes 308
1.0637.10.002220-0/001	Agr.Instr.Cív.	S.Lourenço	Bitencourt Marcondes 231
1.0647.08.092636-1/004	Ap.Cível	S.Seb.do Paraíso	Pedro Bernardes 175
1.0672.10.009922-1/001	Ap.Cível	Sete Lagoas	Caetano Levi Lopes 157
1.0701.08.226620-9/003	Ap.Cível	Uberaba	Roney Oliveira 125
1.0702.07.364552-6/001	Ap.Cível/Reex.Nec.	Uberlândia	Afrânio Vilela 134
1.0702.08.494921-4/001	Ap.Cível	Uberlândia	Cláudia Maia 141
1.0707.09.184948-9/001	Ap.Cível	Varginha	Osmando Almeida 224
1.0710.10.001190-1/001	Ap.Cível	Vazante	Veiga de Oliveira 197
1.0878.09.020227-5/001	Ap.Cível	Camanducaia	Hilda Teixeira da Costa 160

Jurisprudência Criminal

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.11.009565-0/000	*HC*	Belo Horizonte	Ediwal José de Morais	382
1.0000.11.013355-0/000	*HC*	Juiz de Fora	Alexandre Victor de Carvalho	391
1.0000.11.015440-8/000	*HC*	Poços de Caldas	Marcílio Eustáquio Santos	322
1.0000.11.015810-2/000	*HC*	R.Pardo de Minas	Eduardo Brum	400
1.0000.11.016328-4/000	*HC*	Alfenas	Maria Luíza de Marilac	324
1.0000.11.019478-4/000	*HC*	Caratinga	Renato Martins Jacob	401
1.0000.11.022107-4/000	Confl.de Jurisd.	Gov.Valadares	Matheus Chaves Jardim	319
1.0000.11.025171-7/000	*HC*	Belo Horizonte	Reinaldo Portanova	350
1.0000.11.030015-9/000	*HC*	Caratinga	Agostinho Gomes de Azevedo	351
1.0012.06.005349-8/001	Ap.Criminal	Aiuruoca	Beatriz Pinheiro Caires	380
1.0016.10.001076-4/001	Ap.Criminal	Alfenas	Adilson Lamounier	344
1.0024.07.528982-7/001	Rec.Sent.Estr.	Belo Horizonte	Walter Luiz	370
1.0024.07.791863-9/001	Rec.Sent.Estr.	Belo Horizonte	Duarte de Paula	372
1.0024.09.724138-4/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Nelson Missias de Morais	340
1.0024.10.102082-4/001	Rec.Sent.Estr.	Belo Horizonte	Júlio César Lorens	361
1.0024.10.102274-7/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Eduardo Machado	362
1.0142.08.024004-7/001	Ap.Criminal	Carmo do Cajuru	Flávio Leite	326
1.0166.09.024624-9/001	Ap.Criminal	Cláudio	José Antonino Baía Borges	392
1.0175.04.004022-2/001	Ap.Criminal	Conc.do Mato Dentro	Júlio Cezar Guttierrez	378
1.0216.08.060197-6/001	Ap.Criminal	Diamantina	Delmival de Almeida Campos	357
1.0223.06.191601-9/001	Ap.Criminal	Divinópolis	Cássio Salomé	367
1.0287.08.037138-1/001	Ap.Criminal	Guaxupé	Doorgal Andrada	353
1.0382.06.060119-4/001	Ap.Criminal	Lavras	Fortuna Grion	355
1.0430.06.000624-3/003	Ap.Criminal	Monte Belo	Pedro Vergara	374
1.0433.04.117637-4/001	Ap.Criminal	Montes Claros	Hélcio Valentim	334
1.0451.09.013077-9/001	Ap.Criminal	Nova Resende	Rubens Gabriel Soares	385
1.0453.07.011208-2/001	Ap.Criminal	Novo Cruzeiro	Antônio Armando dos Anjos	317
1.0518.09.166183-6/003	Ap.Criminal	Poços de Caldas	Herbert Carneiro	364
1.0607.09.054313-5/001	Ap.Criminal	Santos Dumont	Paulo Cézar Dias	332
1.0621.10.002167-7/001	Ap.Criminal	São Gotardo	Evandro Lopes da Costa Teixeira	347
1.0625.07.064939-1/001	Ap.Criminal	São João del-Rei	Furtado de Mendonça	358
1.0687.06.041057-2/001	Ap.Criminal	Timóteo	Alberto Deodato Neto	329
1.0701.09.250363-3/001	Agr.Exec.Pena	Uberaba	Antônio Carlos Cruvinel	339
1.0702.07.367149-8/001	Rec.Sent.Estr.	Uberlândia	Catta Preta	368
1.0778.03.003002-8/001	Ap.Criminal	Arinos	Judimar Biber	313

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
123.958	*Habeas Corpus*	M.ª Thereza de Assis Moura	405
180.705	*Habeas Corpus*	Laurita Vaz	408
1.079.177	Recurso Especial	Massami Uyeda	412
1.134.725	Recurso Especial	Nancy Andrighi	415
1.145.728	Recurso Especial	João Otávio de Noronha	416

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
10.587 - MG	Ag. Reg. na Reclamação	Marco Aurélio	440
106.747 - MG	*Habeas Corpus*	Ricardo Lewandowski	437
607.520 - MG	Recurso Extraordinário	Dias Toffoli	433

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

- A -

ABANDONO MATERIAL

Pensão alimentícia - Inadimplemento - Ausência de dolo - Justa causa - Atipicidade - Absolvição 358

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Improbidade administrativa - Vereadores, servidor público e empresa de comunicação e *marketing* - Informes publicitários - Confecção e circulação - Promoção pessoal dos parlamentares à custa do erário público municipal - Não configuração - Caráter informativo e educativo dos impressos - respeito ao art. 37, § 1°, da Constituição Federal - Princípios da moralidade e da impessoalidade - Observância 125

Meio ambiente - Direito fundamental indisponível - Ausência de interesse patrimonial direto - Prescrição - Afastamento - Edificação em área de preservação permanente - Posto de gasolina - Laudo pericial comprobatório - Art. 225, § 3°, CF/88 - Responsabilidade objetiva ambiental - Ausência de prévio licenciamento - Resolução 273/2000 do Conama - Exigibilidade - Dever de remoção do imóvel e recuperação da área degradada 233

Propaganda institucional - Símbolo de partido político e logomarca da prefeitura - Semelhança - ofensa ao princípio da impessoalidade - Tutela deferida para remoção do ilícito e indenização ao erário 92

Transporte escolar - Supressão por negligência da Administração - Impossibilidade - Antecipação de tutela - Cabimento 81

AÇÃO DE COBRANÇA

Honorários advocatícios - Defensor dativo nomeado - Estado de Minas Gerais - Certidão comprobatória - Valor arbitrado judicialmente - Direito do profissional - Majoração dos honorários advocatícios 146

Honorários advocatícios - Profissional nomeado como defensor dativo - Exaurimento da via administrativa - Desnecessidade - Valor devido - Fixação judicial - Doutrinas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural - Aplicação - Moralidade 143

Royalties - Autorização comercial - Prazo determinado - Notificação - Não renovação - Obrigação acessória - Ausência de condição suspensiva ou resolutiva 230

Seguro de vida - Contrato - Princípio da boa-fé - Exigibilidade - Doença preexistente - Ciência do segurado - Conjunto fático-probatório - Má-fé demonstrada - Indenização indevida 87

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

Seguro de vida - Alegação de inadimplência - Contrato de adesão - Cláusulas contratuais contraditórias - Art. 47 do CDC - Inteligência - Prevalência da cláusula mais favorável ao consumidor - Inaplicabilidade do Art. 763 do CC - Tolerância estabelecida e anuída pela seguradora - Cancelamento do seguro - Impossibilidade - Inexistência de interpelação do consumidor - Honorários advocatícios da sucumbência - Redução - Inocorrência - Art. 20, § 4°, do CPC - Consonância 238

AÇÃO DE DIVISÃO DE TERRAS

Ausência de comprovação da qualidade de condômino - Ilegitimidade ativa - Extinção do processo 197

AÇÃO DE EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO
Natureza real - Outorga uxória - Obrigatoriedade - Prova da propriedade - Necessidade 267

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INSOLVÊNCIA
Art. 750, I, do CPC - Inteligência - Presunção de insolvência - Alegação de existência de bem livre e desembaraçado não demonstrada - Consequências - Assistência litisconsorcial - Cabimento - Nulidade processual - Litisconsórcio passivo necessário - Inexistência - Cerceamento de defesa - Rejeição de depoimento pessoal - Princípio da persuasão racional - Aplicação - Rejeição de provas inúteis e desnecessárias 268

AÇÃO DEMOLITÓRIA
Construção erguida a menos de metro e meio do lote vizinho - Proprietário do imóvel lindeiro - Prazo para reclamar - Inércia - Inadmissibilidade - Servidão aparente - Configuração 292

AÇÃO MONITÓRIA
Falecimento da parte - Habilitação - Determinação após a prolação da sentença - Possibilidade 209

AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA
Cooperativa - Rateio dos prejuízos entre cooperados - Fruição dos serviços demonstrada - Possibilidade - Pagamento devido - Liquidação de sentença - Voto vencido parcial 273

AÇÃO POSSESSÓRIA
Art. 927 do CPC - Preenchimento dos requisitos - Manutenção da posse - Creche municipal - Construção em imóvel diverso ao doado - Ofensa à posse de terceiro - Relevância do interesse público - Não incidência - Arrepio do ordenamento jurídico 154

AÇÃO REIVINDICATÓRIA
Comodato verbal indeterminado - Imóvel - Desocupação - Liminar- Ausência de notificação premonitória 207

ACIDENTE DE TRÂNSITO
Indenização - Concessionária de serviço - Terceiro não transportado - Responsabilidade objetiva - Culpa - Absolvição criminal do condutor do coletivo - Irrelevância - Danos morais - Reconhecimento - Valor - Juros - Termo inicial - Danos materiais - Pensão mensal - Salário mínimo - Despesas pessoais - Dedução - Vínculo empregatício - Inexistência - 13º salário - Verba indevida - Despesas - Funeral - Reembolso - Seguro obrigatório - Recebimento - Ausência de prova - Dedução - Inadmissibilidade - Inteligência da Súmula 246 do STJ - Constituição de capital - Substituição - Folha de pagamento - Impossibilidade - Multa - Aplicação - Garantia do cumprimento - Possibilidade - Honorários advocatícios - Fixação - Prestações vencidas e uma anuidade das vincendas - Percentual - Limitação - Lei nº 1.060/50 - Não ocorrência - Lide secundária - Não contestação - Justiça gratuita - Não apreciação na sentença - Reiteração - Segundo grau - Possibilidade de exame - Empresa sob liquidação extrajudicial compulsória - Cabimento 283

ADI
Prefeito - Infração - Recebimento da denúncia - Afastamento das funções - Lei Orgânica do Município - Previsão - Art. 170, parágrafo único, CE - Competência extrapolada - Inconstitucionalidade declarada 63

ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA
Ação de natureza pessoal - Competência relativa - Competência relativa - Foro de eleição - Possibilidade . . .203

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL
Ausência de prisão injusta - Réu preso em flagrante por outro delito - Condenação - Pena privativa de liberdade - Liberdade provisória - Nexo de causalidade - Inexistência - Detração - Descabimento - Contagem do prazo . .339

AGRAVO REGIMENTAL
Agravo de instrumento convertido em retido - Decisão irrecorrível 80

AMEAÇA
Embriaguez voluntária - Exclusão da imputabilidade - Impossibilidade - Condenação 332

APELAÇÃO
Tribunal do Júri - Recurso da defesa - Ausência de fundamentação - Não enquadramento nas hipóteses elencadas no art. 593, III, do CPP - Não conhecimento 364

ARTIGO JURÍDICO
A presunção de paternidade na inseminação artificial heteróloga - Fausto Bawden de Castro Silva 35

Ficha limpa e o STF - Rogério Medeiros Garcia de Lima 25

Reforma do CPP: cautelares, prisão e liberdade provisória - Rodrigo Iennaco 41

Valor mínimo dos prejuízos causados pelo crime (art. 387, IV, do CPP) - José Martinho Nunes Coelho e Rafael Pereira Coelho 27

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA
Pessoa jurídica - Natureza filantrópica - Insuficiência de recursos - Não comprovação 159

AUDITOR FISCAL ESTADUAL
Condução de veículo automotor - Escolha discricionária da Administração - Ilegalidade - Não ocorrência - Meio de deslocamento do servidor - Razoabilidade - Direito de regresso - Garantia constitucional 123

- B -

BEM PÚBLICO
Doação com encargo - Finalidade do uso do bem - Inobservância - Revogação da doação - Cancelamento do registro imobiliário - Cumulação de ações - Indenização pelas benfeitorias e investimentos vultosos realizados pela donatária - Inviabilidade no caso específico 162

BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO
Plano de suplementação - Paridade - Previdência oficial - Reajuste - Aumentos reais - Regulamento dos benefícios - Inteligência das cláusulas - Interpretação ampla - Atualização com adequação à elevação do custo de vida - Inovação recursal - Questões de fato - Inocorrência - artigo 517 do CPC - Interpretação - Argumento jurídico novo - Possibilidade - Voto vencido 303

- C -

CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL
Tabelionato de notas - Designação interina - Precariedade do ato - Inexistência do direito do designado à permanência no serviço - Delegação outorgada a candidato aprovado em concurso público - Desistência do habilitado na primeira posição - Lei estadual nº 12.919/98 - Arts. 8º, § 4º, e 23, § 5º - Inteligência frente ao Art. 19 da Lei Federal nº 8.935/94 - Princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade 59

CERCEAMENTO DE DEFESA
Inexistência - Concurso de pessoas - Corréu - Depoimento pessoal - Poder discricionário do juiz - Intimação - Ausência - Nulidade - Não ocorrência 362

Processo criminal - Citação por edital - Não comparecimento do réu - Ausência de constituição de advogado - Nomeação de defensor público - Prosseguimento do feito - Nulidade - Inteligência do art. 366 do CPP com a nova redação dada pela Lei 9.271/96 353

CITAÇÃO POR EDITAL
Processo criminal - Não comparecimento do réu - Ausência de constituição de advogado - Nomeação de defensor público - Prosseguimento do feito - Cerceamento de defesa - Nulidade - Inteligência do art. 366 do CPP com a nova redação dada pela Lei 9.271/96 353

COMODATO VERBAL INDETERMINADO
Imóvel - Desocupação - Liminar - Ausência de notificação premonitória - Ação reivindicatória 207

COMPETÊNCIA
Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - Peculato - Exceção de competência julgada improcedente - Matéria ligada à nulidade absoluta - Impugnação da decisão - *Habeas corpus* - Admissibilidade - Crime do Art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98 - Não violação do patrimônio da União - Julgamento - Competência da Justiça Estadual Comum - Crime de competência da Justiça Federal - Conexão - Impossibilidade - Posse de um dos denunciados no Senado Federal - Prerrogativa de função - Desmembramento do processo - Competência do STF - Cisão operada pelo Juízo Estadual - Nulidade - Atos de instrução - Aproveitamento - Possibilidade - Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal - Ordem concedida em parte 382

COMPETÊNCIA TERRITORIAL
Declinação de ofício - Súmula 33 do STJ - Inteligência - Legislação consumerista - Prerrogativa do consumidor - Art. 101, I, do CDC - Compreensão 218

CONCURSO DE PESSOAS
Corréu - Depoimento pessoal - Poder discricionário do juiz - Intimação - Ausência - Cerceamento de defesa - Inexistência - Nulidade - Não ocorrência - Autoria - Prova - Condenação - Causa de diminuição de pena - § 1º do art. 29 do CP - Participação de menor importância - Não reconhecimento 362

CONCURSO PÚBLICO
Edital - Alteração - Possibilidade - Curso de formação de examinador de trânsito - Escolaridade superior - Exigência do requisito após a realização da inscrição - Antecipação da tutela - Verossimilhança das alegações - *Periculum in mora* - Concessão 132

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA
Ação ordinária de revisão contratual - Relação de consumo - Renúncia do consumidor pelo foro de seu domicílio - Opção pelo foro do domicílio do réu - Possibilidade 276

CONTRATO PARTICULAR DE PERMUTA DE IMÓVEL
Registro de imóveis - Ausência - Irrelevância - Fraude inexistente - Penhora - Desconstituição - Ônus de sucumbência - Custas processuais - Honorários advocatícios - Condenação - Não cabimento - Litigância de má-fé - Requisitos - Não configuração 160

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL
Sindicato - Cobrança - Câmara municipal - Servidores públicos - Ausência de representatividade - Base territorial da entidade - Município não incluído - Previsão estatutária - Registro no Ministério do Trabalho e Emprego - Necessidade - Princípio da unicidade sindical - Art. 8º, inciso II, da Constituição Federal 84

CRIME AMBIENTAL
Art. 56 da Lei 9.605/98 - Armazenamento e comercialização de óleo diesel - Infração que deixa vestígios - Prova pericial - Necessidade - Laudo pericial - Inexistência - Art. 386, II, do CPP - Absolvição 317

CRIME CONTINUADO
Habitualidade criminosa - Continuidade delitiva - Reconhecimento - Impossibilidade - Art. 71 do CP - Requisitos - Ausência - Fixação da pena - Reincidência - Confissão espontânea - Compensação 329

CRIME CONTRA A FLORA
Arts. 38 e 48 da Lei 9.605/98 - Crime permanente - Cessação da permanência - Ausência - Prescrição da pretensão punitiva - Prazo - Termo inicial - Inexistência - Extinção da punibilidade - Não ocorrência 368

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA
Supressão de tributo mediante declaração falsa à autoridade fazendária, fraude à fiscalização tributária, com inserção de elementos inexatos em livro fiscal, e utilização de documento que devia saber inexato - "Notas frias" -

Inidoneidade declarada por ato oficial - Compensação tributária - Redução de ICMS - Prejuízo ao erário - Quantia significativa - Inúmeras notas inidôneas - Variedade de empresas fornecedoras - Ausência de regularização da situação fiscal - Dolo - Configuração - Pena - Adequação 334

CRIME CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL
Artigo 184, § 2º, do CP - Falsificação de videofonograma - Tipicidade - Princípio da adequação social - Erro de proibição - Inadmissibilidade - Condenação 326

CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE
Crime contra a flora - Arts. 38 e 48 da Lei 9.605/98 - Crime permanente - Cessação da permanência - Ausência - Prescrição da pretensão punitiva - Prazo - Termo inicial - Inexistência - Extinção da punibilidade - Não ocorrência 368

CRIME DE BAGATELA
Princípio da insignificância - Atipicidade - Absolvição 355

CRIME DE LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES
Peculato - Exceção de competência julgada improcedente - Matéria ligada à nulidade absoluta - Impugnação da decisão - *Habeas corpus* - Admissibilidade - Crime do Art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98 - Não violação do patrimônio da União - Julgamento - Competência da Justiça Estadual Comum - Crime de competência da Justiça Federal - Conexão - Impossibilidade - Posse de um dos denunciados no Senado Federal - Prerrogativa de função - Desmembramento do processo - Competência do STF - Cisão operada pelo Juízo Estadual - Nulidade - Atos de instrução - Aproveitamento - Possibilidade - Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal - Ordem concedida em parte 382

CRIME PERMANENTE
Crime contra o meio ambiente - Arts. 38 e 48 da Lei 9.605/98 - Cessação da permanência - Ausência - Prescrição da pretensão punitiva - Prazo - Termo inicial - Inexistência - Extinção da punibilidade - Não ocorrência 368

Tráfico de drogas - Prisão em flagrante - Uso de algemas - Nulidade - Não ocorrência - depoimento de policiais - Presunção de veracidade - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Condenação - Pena aplicada - Manutenção 347

CUSTAS
Isenção - Defensor dativo - Art. 10, II, da Lei Estadual 14.939/03 - Honorários advocatícios - Fixação - Competência - Juiz da sentença - Art. 1º, § 1º, da Lei Estadual 13.166/99 378

Isenção - Réu patrocinado por defensor público 340

- D -

DANO QUALIFICADO
Configuração - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Art. 59 do CP - Inobservância - Redução da reprimenda 340

DEFENSOR DATIVO
Isenção de custas - Art. 10, II, da Lei Estadual 14.939/03 - Honorários advocatícios - Fixação - Competência - Juiz da sentença - Art. 1º, § 1º, da Lei Estadual 13.166/99 378

DEFENSOR DATIVO NOMEADO
Ação de cobrança - Honorários advocatícios - Estado de Minas Gerais - Certidão comprobatória - Valor arbitrado judicialmente - Direito do profissional - Majoração dos honorários advocatícios 146

DEFENSOR PÚBLICO
Custas - Isenção 340

DENÚNCIA
Art. 41 e 395, CPP - Inépcia - Falta de justa causa para a ação penal - Art. 132 do CP - Ausência de tipicidade - Ocorrência - Art. 28 da nova Lei de Tóxicos - Posse para consumo pessoal de substância entorpecente - Ausência de lesividade - Não ocorrência - Crime de perigo abstrato - Princípio da insignificância - Aplicação - Impossibilidade - Denúncia parcialmente recebida 54

Inépcia - Inexistência - Coautoria - Fatos narrados - Conduta de cada agente - Inexistência de particularização - Admissibilidade - Descrição sucinta - Cabimento 392

DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA
Tipificação - Dolo - Presença - Retratação - Irrelevância - Condenação - Defesa Deficiente - Ausência de prejuízo para o réu - Cerceamento de defesa - Inexistência - Nulidade - Não ocorrência - Defensor dativo - Isenção de custas - Art. 10, II, da Lei Estadual 14.939/03 - Honorários advocatícios - Fixação - Competência - Juiz da sentença - Art. 1º, § 1º, da Lei Estadual 13.166/99 378

DEPOIMENTO PESSOAL
Poder discricionário do juiz - Concurso de pessoas - Corréu - Intimação - Ausência - Cerceamento de defesa - Inexistência - Nulidade - Não ocorrência 362

DESOBEDIÊNCIA
Atipicidade - Fiscalização rotineira de trânsito - Ordem de parada - Inexecução - Ilícito administrativo - Absolvição . .367

DESPESAS CONDOMINIAIS
Recurso especial - Transferência da posse em virtude de contrato de promessa de compra e venda não registrado - Promissário-comprador - Imissão na posse, com o pleno conhecimento do condomínio - Legitimidade passiva *ad causam* - Registro - Desinfluência - Recurso especial provido (STJ) 412

DETRAÇÃO
Descabimento - Contagem do prazo - Ausência de prisão injusta - Réu preso em flagrante por outro delito - Condenação - Pena privativa de liberdade - Liberdade provisória - Nexo de causalidade - Inexistência 339

DIREITO DO CONSUMIDOR
Conta-corrente universitária - Abertura - Utilização - Não ocorrência - Encerramento - Tarifa mensal - Cobrança - Dever de informação - Inobservância - Abusividade - Origem do débito - Não demonstração - Inscrição em cadastro de restrição ao crédito - Dano moral - Indenização devida 111

DIREITO TRIBUTÁRIO
ISSQN - Serviço notarial - Caráter personalíssimo da delegação - Exercício da função por terceiros - Possibilidade - Contratação - Aplicação da exceção prevista no art. 9º, § 1º, do Dec.-lei nº 406/68 - Afastamento - Tutela antecipada indeferida 231

DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE
Dois sócios - Possibilidade - Art. 1.033, IV, do Código Civil - Inteligência - Falta de interesse de agir - Acordo dissolutório homologado em juízo familiar - Falta de cumprimento - Medida executiva 205

DOAÇÃO COM ENCARGO
Bem público - Finalidade do uso do bem - Inobservância - Revogação da doação - Cancelamento do registro imobiliário - Cumulação de ações - Indenização pelas benfeitorias e investimentos vultosos realizados pela donatária - Inviabilidade no caso específico 162

DOUTRINA - Vide: artigo jurídico

- E -

EMBARGOS À ARREMATAÇÃO
Bem indispensável ao exercício da profissão - Prova - Ausência - Art. 649, V, do CPC - Inaplicabilidade 69

EMBARGOS À EXECUÇÃO
Apelação - Matéria parcialmente alegada em recurso diverso - Preclusão consumativa - Inviabilidade de cognição - Cédula de crédito bancário - Título executivo - Saldo devedor - Apuração mediante planilha de cálculo - Liquidez - Ação revisional - Inaptidão para impedir execução - Título executivo - Atributos inerentes - Manutenção - Pessoa jurídica - Empréstimo utilizado na atividade empresarial - Ausência de destinação final - Relação de consumo - Não caracterização - Instituição financeira - Juros remuneratórios - Limitação do Código Civil - Ausência - Existência de lei específica - Comissão de permanência - Não cumulação com demais encargos - Limitação ao valor da taxa prevista para os juros 175

Prática de agiotagem - Pagamento parcial do título executado - Não comprovação - Improcedência dos embargos . . .211

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL
Empresa - Matéria-prima - Alumínio - Consumidora final de energia elétrica - Transferência do direito de uso de excedente de redução de meta - ICMS - Fato gerador - Não configuração - Bem incorpóreo - Caráter esporádico da transação - Operação imune - Não incidência do imposto 250

EMBARGOS DE TERCEIRO
Contrato particular de permuta de imóvel - Registro de imóveis - Ausência - Irrelevância - Fraude inexistente - Penhora - Desconstituição - Ônus de sucumbência - Custas processuais - Honorários advocatícios - Condenação - Não cabimento - Litigância de má-fé - Requisitos - Não configuração 160

Fraude à execução - Alienações sucessivas - Princípio da boa-fé e da confiança - Não sujeição aos efeitos da fraude - Cerceamento de defesa - Julgamento antecipado da lide - Prova testemunhal - Inocorrência - Arts. 131 e 330 do CPC - Inteligência 152

Ilegitimidade ativa do executado - Esposa do executado - Falta de intimação da penhora - Incomprovada a condição de casada - Nulidade da penhora afastada - Imóvel penhorado - Bem de família - Não comprovação 210

EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA
Exclusão da imputabilidade - Impossibilidade - Condenação 332

ESTELIONATO
Cheque sem fundos - Endosso - Ausência de dolo - Atipicidade - Art. 386, III, do CPP - Absolvição 380

EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL
Fundação de direito privado - Recursos públicos para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social - Art. 649, IX, do CPC - Não comprovação - Penhora - Possibilidade 165

- F -

FGTS
Penhora e levantamento para cumprimento de obrigação alimentar - Possibilidade - Art. 20 da Lei nº 8.036/90 - Inteligência - Mitigação dos efeitos - Princípio da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade - Aplicação 71

FIANÇA
Morte do devedor - Fiador - Pagamento da dívida - Ação de regresso - Sub-rogação no crédito - Cônjuge - Sucessora universal - Recebimento da totalidade do patrimônio do falecido - Meação - Ausência - Art. 1.997 do Código Civil - Inaplicabilidade - Reembolso da importância paga - Responsabilidade da herdeira 224

FINANCIAMENTO HABITACIONAL
Cohab - Lei Federal nº 10.150/00 - Novação de dívidas - Quitação antecipada do saldo devedor - Possibilidade - Direito subjetivo do devedor - Prescrição trienal - Art. 206, § 3º, incisos IV e V, do Código Civil - Inaplicabilidade - Incidência do Código de Defesa do Consumidor - Litisconsórcio passivo necessário - CEF - Ausência de comprometimento do Fundo de Compensação por Variações Salariais (FCVS) - Desnecessidade de participação na lide - Carência de ação - Falta de interesse de agir - Confusão com o mérito - Exame de fundo 171

FURTO
Tentativa - Vigilância - Sistema de câmeras de segurança - Crime impossível - Não ocorrência - Periculosidade da ação - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Condenação - Fixação da pena - Circunstâncias judiciais - Art. 59 do CP - Inobservância - Redução da reprimenda - Defensor público - Custas - Isenção 340

FURTO QUALIFICADO
Habitualidade criminosa - Crime continuado - Reconhecimento - Impossibilidade - Art. 71 do CP - Requisitos - Ausência - Fixação da pena - Reincidência - Confissão espontânea - Compensação 329

FURTO SIMPLES
Crime de bagatela - Princípio da insignificância - Atipicidade - Absolvição 355

- H -

HABEAS CORPUS
Ato jurisdicional - Ilegalidade - Mandado de segurança - Direito líquido e certo - Interesse de agir - Legitimidade - Adequação - Citação dos réus - Imprescindibilidade - Formação do litisconsórcio necessário - Súmula 701 do STF - Princípio do devido processo legal - Contraditório e ampla defesa - Violação - Acórdão - Anulação 322

Concessão - Suspensão condicional do processo - Revogação - Oitiva prévia do acusado - Ausência - Ofensa ao princípio do contraditório - Anulação - Art. 89, § 5º, da Lei 9.099/95 - Extinção da punibilidade 391

Concessão em parte - Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - Peculato - Exceção de competência julgada improcedente - Matéria ligada à nulidade absoluta - impugnação da decisão - *Habeas corpus* - Admissibilidade - Crime do Art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98 - Não violação do patrimônio da união - Julgamento - Competência da Justiça Estadual Comum - Crime de competência da Justiça Federal - Conexão - Impossibilidade - Posse de um dos denunciados no Senado Federal - Prerrogativa de função - Desmembramento do processo - Competência do STF - Cisão operada pelo Juízo Estadual - Nulidade - Atos de instrução - Aproveitamento - Possibilidade - Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal 382

Concessão em parte - Pena restritiva de direitos - Conversão em pena privativa de liberdade - Ausência de intimação da defesa para justificação - Violação ao devido processo legal ao contraditório e à ampla defesa - Constrangimento ilegal 351

Denegação - Roubo majorado - Concurso de pessoas - Emprego de arma de fogo - Grave ameaça - Prisão preventiva - Circunstâncias do crime - Periculosidade do agente - Garantia da ordem pública - Conveniência da instrução criminal - Liberdade provisória - Impossibilidade - Primariedade - Bons antecedentes - Residência fixa - Circunstâncias pessoais favoráveis - Irrelevância 350

Denegação da ordem - Tráfico de drogas - Denúncia anônima - Constitucionalidade - Sigilo de dados pessoais - Necessidade - Inépcia da denúncia - Não ocorrência - Ação penal - Ausência de justa causa - Exame aprofundado das provas - Impossibilidade - Trancamento da ação penal - Descabimento 401

Processo penal - Receptação, tráfico e associação para o tráfico de drogas - Sentença condenatória mantida em sede de apelação - Audiência de instrução e julgamento - Inversão na ordem de formulação das perguntas - Nulidade - Exegese do art. 212 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690//08 - Ofensa ao devido processo legal - Constrangimento evidenciado - Ordem concedida (STJ) 408

Processual penal - Réu - Constituição de novo defensor - Ausência de intimação para oferecimento das razões de apelação - Nulidade - Alegação - Improcedência - Apelo interposto pelo antigo patrono - Prejuízo - Inexistência - Ordem denegada (STF) 437

Processo penal - Roubo circunstanciado - Lei 11.719//08 - Interrogatório - Último ato - Lei processual - Aplicação imediata - Ilegalidade - Reconhecimento (STJ) 405

HOMICÍDIO QUALIFICADO
Decisão do Tribunal do Júri - Apelação da defesa - Ausência de fundamentação - Não enquadramento nas hipóteses elencadas no art. 593, III, do CPP - Não conhecimento - Recurso do Ministério Público - Fixação da pena - Art. 59 do CP - Circunstâncias judiciais - Desfavorecimento ao réu - Elevação da pena-base - Possibilidade 364

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
Ação de cobrança - Defensor dativo nomeado - Estado de Minas Gerais - Certidão comprobatória - Valor arbitrado judicialmente - Direito do profissional - Majoração dos honorários advocatícios 146

Ação de cobrança - Profissional nomeado como defensor dativo - Exaurimento da via administrativa - Desnecessidade - Valor devido - Fixação judicial - Doutrinas do não locupletamento à custa alheia e da obrigação natural - Aplicação - Moralidade 143

Civil e Processual Civil - Valores despendidos a título de honorários advocatícios contratuais - Perdas e danos - Princípio da restituição integral (STJ) 415

Defensor dativo - Fixação - Competência - Juiz da sentença - Art. 1°, § 1°, da Lei Estadual 13.166/99 378

Recurso extraordinário - Repercussão geral reconhecida - Ação de cobrança de honorários advocatícios - Verbas arbitradas em favor da recorrida em razão de sua atuação como defensora dativa - Inexistência de relação de trabalho a justificar seu processamento perante uma vara da Justiça Federal do Trabalho - Relação mantida entre as partes que é de cunho meramente administrativo - Reconhecimento da competência da Justiça Comum estadual para o processamento do feito - Recurso provido (STF) 433

- I -

ICMS
Energia elétrica - Ação declaratória cumulada com repetição de indébito - Incidência indevida sobre tarifa calculada com base na demanda contratada - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Contribuinte de fato - Inexistência de relação jurídica com o Fisco - Acolhimento - Entendimento do STJ - Tributo indireto - Somente o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* 193

Não incidência - Internet - Provedor de acesso - Serviço de valor adicionado - Súmula 334 do STJ - Arts. 60 e 61 da Lei 9.472/97 - Serviço de telecomunicação - Exclusão - Mandado de segurança - Concessão da ordem 294

IMÓVEL
Aquisição - Quitação - Atraso na entrega - Prova inequívoca - Necessidade de moradia - Verossimilhança das alegações - Tutela antecipada - Imposição de aluguel e demais encargos à construtora 119

Compra e venda - Prestações - Inadimplência - Rescisão - Construtora - Retenção de valores pagos - Percentual de 20% - Possibilidade - Precedentes jurisprudenciais - Arras - Arts. 1.094 e 1.097 do Código Civil de 1916 - Retenção - Legalidade - Taxa de fruição - Indenização Compensatória - Equilíbrio contratual - Inteligência dos arts. 884 a 886 do NCCB 258

Contrato de compra e venda - Distrato - Restituição de valor pago - Devolução adstrita a evento futuro e incerto - Abusividade - Ofensa ao CDC - Inadmissibilidade do recurso - Alegação de razões dissociadas da sentença - Inocorrência - Impugnação dos fundamentos desfavoráveis efetivada - Coisa julgada - Ausência de manifestação judicial prévia - Acordo - Reforma pela via judicial - Possibilidade - Falta de interesse de agir - Inocorrência - Necessidade de obtenção da proteção do direito material - Existência 264

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Vereadores, servidor público e empresa de comunicação e *marketing* - Informes publicitários - Confecção e circulação - Promoção pessoal dos parlamentares à custa do erário público municipal - Não configuração - Caráter informativo e educativo dos impressos - Respeito ao art. 37, § 1°, da Constituição Federal - Princípios da moralidade e da impessoalidade - Observância 125

INDENIZAÇÃO

Animais em rodovia - Negligência e imprudência do proprietário - Ressarcimento - Lesões físicas - Danos morais 213

Atropelamento - Vítima alcoolizada - Laudo médico - Comprovação - Agravo retido - Testemunha contraditada - Depoimento - Valoração - Possibilidade - Prova dos fatos - Demonstração - Culpa exclusiva da vítima - Indenização indevida - Responsabilidade objetiva - Elisão - Ilegitimidade ativa - Omissão da sentença - Matéria de ordem pública - Conhecimento de ofício - Alegação de ilegitimidade ativa - Inocorrência - Companheira - Legitimação - Comprovação - Prova documental - Existência de filho com a vítima 255

Dano moral - Dano material - Aprovação em concurso para tabelião - Posterior revogação do ato em virtude de decisão judicial - Edital ambíguo - Exoneração do cargo anterior em que tinha estabilidade - Dano emergente - Lucro cessante - Configuração - Dano moral - Abalo físico e psicológico - Caracterização - *Quantum* - Razoabilidade e proporcionalidade - Majoração - honorários advocatícios - Critérios 134

Danos morais - Sentença criminal condenatória - Empregado condenado por ilícito penal - Efeitos - fato e autoria incontroversos na ação civil - Possibilidade - Ausência de elemento que desconstitua a presunção da culpa do empregador - Ilícito civil configurado - Menor - Alegação de mendicância - Abordagem constrangedora em supermercado - Dano moral configurado - Fixação - Critérios da razoabilidade e proporcionalidade - Redução - Inépcia da inicial - Inocorrência - Ausência de previsão na indicação dos fatos - Deficiência técnica de redação - Ausência de gravidade - Possibilidade da defesa do réu 247

Danos morais e lucros cessantes - Clube de futebol - Matéria jornalística - Críticas negativas - Abalo à credibilidade do time perante a torcida - Perda de renda e faturamento - Não ocorrência - Atitude corriqueira da imprensa - Ausência de excesso - Ofensividade efêmera - Indenização indevida 117

Direito civil - Responsabilidade do hospital por erro médico e por defeito no serviço - Súmula 7 do STJ - Violação dos arts. 334 e 335 do CPC - Não ocorrência - Dissídio jurisprudencial não demonstrado - Redimensionamento do valor fixado para pensão - Súmula 7 do STJ - Indenização por danos morais - Termo inicial de incidência da correção monetária - Data da decisão que fixou o valor da indenização (STJ) 416

Imóvel - Compra e venda - Hipoteca anterior - Desconhecimento pelo comprador - Evicção - Empresa pertencente a grupo empresarial - Ilegitimidade passiva afastada 227

Perdas e danos morais - Contrato bancário - Retenção de restituição de proventos de revisão de aposentadoria - Ausência de natureza alimentar do crédito - Amortização de débitos oriundos de ajustes bancários - Cláusula contratual autorizativa - Ausência de ato ilícito 215

Pessoa jurídica de direito público - Fornecimento de vacina - Obrigação assumida espontaneamente pelo ente em favor de munícipes infantes - Simulação durante três anos do ato de aplicação da vacina - Seringa desprovida da droga prescrita - Comprovação - Ato ilícito - configuração - Nexo de causalidade - Presença - Violação a direitos da personalidade das crianças - Dano moral - Existência - Dever de indenizar - Valor - Fixação - Critérios - Litigância de má-fé - Falsificação de documentos - Configuração - Penalidade - Multa 74

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Ofensas de cunho racista - Prova - Indenização - Valor - Correspondência entre o fato e seu efeito - Salário mínimo - Vinculação - Proibição - Art. 7º, IV, CF/88 - Conversão em quantia certa - Gratuidade de justiça - Declaração de hipossuficiência - Ausência - Pedido indeferido 279

INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA PRIVADA

Cobrança - Aferição do grau de invalidez - Laudo pericial - Incapacidade parcial - Aposentadoria pelo INSS - Invalidez permanente - Não vinculação - Recebimento do seguro - Não ocorrência 120

INSTITUTO ESTADUAL DE FLORESTAS (IEF)

Apreensão de tratores - Ausência de licenciamento - Devolução - Tutela antecipada - Concessão - Audiência de justificação - Não exigência - Art. 928 do CPC - Inteligência - Natureza do pedido - Reivindicatório - Titularidade dos bens comprovada - Causa da apreensão - Cessação - Negativa de restituição - Abusividade 104

INTEMPESTIVIDADE
Recurso - Justa causa - Não ocorrência - Imprevisibilidade - Requisito indispensável - Atestado médico após o decurso do prazo - Ausência de justificativa - Não conhecimento 72

INTERNET
Provedor de acesso - Serviço de valor adicionado - ICMS - Não incidência - Súmula 334 do STJ - Arts. 60 e 61 da Lei 9.472/97 - Serviço de telecomunicação - Exclusão - Mandado de segurança - Concessão da ordem 294

INUMAÇÃO DE TERCEIRO SEM AUTORIZAÇÃO
Jazigo perpétuo - Cemitério municipal - Responsabilidade objetiva do Município - Indenização - Dano moral - Fixação em número de salários mínimos - Impossibilidade - Juros e correção monetária - Deferimento de ofício - Natureza da ordem pública das parcelas - Art. 293 do CPC - Inteligência 105

- L -

LESÃO CORPORAL
Violência doméstica - Lei Maria da Penha - Natureza da ação penal - Ação penal pública condicionada - Representação da vítima - Necessidade - Retratação - Possibilidade 370

Violência doméstica - Relacionamento homoafetivo entre mulheres - Lei Maria da Penha - Aplicabilidade 372

LIBERDADE PROVISÓRIA
Impossibilidade - Primariedade - Bons antecedentes - Residência fixa - Circunstâncias pessoais favoráveis - Irrelevância - Roubo majorado - Concurso de pessoas - Emprego de arma de fogo - Grave ameaça - Circunstâncias do crime - Periculosidade do agente - Garantia da ordem pública - Conveniência da instrução criminal - Prisão preventiva - *Habeas corpus* - Denegação da ordem 350

Possibilidade - Tráfico de drogas - Causa de diminuição da pena - Réu preso durante a instrução criminal - Recurso em liberdade - Possibilidade - Sentença condenatória - Negativa - Ausência de fundamentação - Constrangimento ilegal - Paciente reincidente - Prisão provisória - Manutenção - *Habeas corpus* - Concessão em parte 400

- M -

MANDADO DE SEGURANÇA
Apelação interposta antes do julgamento dos embargos de declaração - Ausência de ratificação posterior - Prematuridade - Intempestividade - Ausência de esgotamento da instância ordinária - Impetração do *writ* após o trânsito em julgado - Descabimento - Inexistência de ilegalidade, abuso ou teratologia - Denegação da segurança 51

Ato jurisdicional - Ilegalidade - Direito líquido e certo, interesse de agir, legitimidade - Adequação - Citação dos réus - Imprescindibilidade - Formação do litisconsórcio necessário - Súmula 701 do STF - Princípio do devido processo legal - Contraditório e ampla defesa - Violação - Acórdão - Anulação 322

Concessão - Internet - Provedor de acesso - Serviço de valor adicionado - ICMS - Não incidência - Súmula 334 do STJ - Arts. 60 e 61 da Lei 9.472/97 - Serviço de telecomunicação - Exclusão 294

Renovação de credenciamento de centro de formação de condutores - Requisito - Certidão negativa de ações criminais - Não atendimento - Princípio da presunção de inocência - Art. 5º, LVII, da CF/88 - Inteligência - Direito líquido e certo - Inocorrência 145

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO
Cooperativa de crédito - Natureza jurídica - Instituição financeira - Taxa de expedição de alvará de localização - Exigência - Previsão legal - Inocorrência de direito líquido e certo a pagamento no mesmo valor pago por outras cooperativas 166

MANUTENÇÃO DE POSSE
Ausência de turbação - Captação de água nascente 199

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO
Nota biográfica - Desembargador Enéas Ribeiro Allevato 13

Nota histórica - Juízes, o provimento dos cargos ao longo da história da justiça no Brasil 16

MERCADORIA IMPRÓPRIA PARA O CONSUMO
Cerveja - Presença de corpo estranho - Dano moral - Prova - Ausência - Consumo - Não ocorrência - Meros aborrecimentos - Indenização afastada 141

- N -

NOTA BIOGRÁFICA
Desembargador Enéas Ribeiro Allevato 13

NOTA HISTÓRICA
Juízes, o provimento dos cargos ao longo da história da justiça no Brasil 16

NULIDADE
Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - Peculato - Exceção de competência julgada improcedente - Matéria ligada à nulidade absoluta - Impugnação da decisão - *Habeas corpus* - Admissibilidade - Crime do art. 1°, *caput*, da Lei 9.613/98 - Não violação do patrimônio da União - Julgamento - Competência da Justiça Estadual Comum - Crime de competência da Justiça Federal - Conexão - Impossibilidade - Posse de um dos denunciados no Senado Federal - Prerrogativa de função - Desmembramento do processo - Competência do STF - Cisão operada pelo Juízo Estadual - Nulidade - Atos de instrução - Aproveitamento - Possibilidade - Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal - Ordem concedida em parte 382

Não ocorrência - Concurso de pessoas - Corréu - Depoimento pessoal - Poder discricionário do juiz - Intimação - Ausência - Cerceamento de defesa - Inexistência 362

Não ocorrência - Defesa deficiente - Ausência de prejuízo para o réu - Cerceamento de defesa - Inexistência 378

Processo penal - Citação por edital - Não comparecimento do réu - Ausência de constituição de advogado - Nomeação de defensor público - Prosseguimento do feito - Cerceamento de defesa - Inteligência do art. 366 do CPP com a nova redação dada pela Lei 9.271/96 353

NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA
Direito de vizinhança - Distância de metro e meio do imóvel vizinho - Inexistência de janela - Imóvel prejudicado pela construção - Não comprovação 201

NUTRIENTE
Neocate - Responsabilidade gerencial dos municípios - Política que não afasta peremptoriamente a Responsabilidade do Estado - Caso concreto - Apreciação - Deferimento 94

- P -

PECULATO
Crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores - Peculato - Exceção de competência julgada improcedente - Matéria ligada à nulidade absoluta - Impugnação da decisão - *Habeas corpus* - Admissibilidade - Crime do Art. 1°, *caput*, da Lei 9.613/98 - Não violação do patrimônio da União - Julgamento - Competência da Justiça Estadual Comum - Crime de competência da Justiça Federal - Conexão - Impossibilidade - Posse de um dos denunciados no Senado Federal - Prerrogativa de função - Desmembramento do processo - Competência do STF - Cisão operada pelo Juízo Estadual - Nulidade - Atos de instrução - Aproveitamento - Possibilidade - Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal - Ordem concedida em parte 382

PENA
Concurso de pessoas - Causa de diminuição de pena - § 1º do art. 29 do CP - Participação de menor importância - Não reconhecimento 362

Fixação - Art. 59 do CP - Circunstâncias judiciais - Desfavorecimento ao réu - Elevação da pena-base - Possibilidade 364

Fixação - Circunstâncias judiciais - Art. 59 do CP - Inobservância - Redução da reprimenda 340

Fixação - Crime tentado - *Iter criminis* - Percurso - Aproximação do resultado - Diminuição da reprimenda na fração máxima - Inadmissibilidade - Atenuante genérica - Teoria da coculpabilidade - Inaplicabilidade - Circunstâncias atenuantes - Confissão espontânea - Menoridade - Redução da pena aquém do mínimo legal - Impossibilidade . . .344

Fixação - Reincidência - Confissão espontânea - Compensação 329

PENA DE MULTA
Execução - Dívida de valor - Lei 9.268/96 - Inexistência de vara da Fazenda Pública na sede da comarca - Ministério Público - Competência suplementar 319

PENA RESTRITIVA DE DIREITOS
Conversão em pena privativa de liberdade - Ausência de intimação da defesa para justificação - Violação ao devido processo legal ao contraditório e à ampla defesa - Constrangimento ilegal - *Habeas corpus* - Concessão em parte 351

PENHORA
Possibilidade - Agravo de instrumento - Execução de título judicial - Fundação de direito privado - Recursos públicos para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social - Art.649, IX, do CPC - Não comprovação 165

PERÍCIA
Ônus do requerente - Beneficiário de assistência judiciária gratuita - Art. 3º, V, da Lei nº 1.060/50 - Inteligência - Responsabilidade do Estado - Código de Defesa do Consumidor - Aplicação - Inversão do ônus da prova - Impossibilidade - Hospital público municipal - Ausência de relação de consumo - Agravo de instrumento - Art. 526 do CPC - Descumprimento - Inadmissibilidade do recurso - Ausência de pedido e prova do agravado - Cognição de ofício - Impossibilidade 115

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO
Tipicidade - Concurso de pessoas - Possibilidade 361

PRECATÓRIO
Fracionamento - Inocorrência - Execuções diversas e autônomas - Satisfação de créditos distintos decorrentes de uma mesma sentença - Possibilidade 149

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
Crime de bagatela - Atipicidade - Absolvição 355

PRISÃO PREVENTIVA
Roubo majorado - Concurso de pessoas - Emprego de arma de fogo - Grave ameaça - Circunstâncias do crime - Periculosidade do agente - Garantia da ordem pública - Conveniência da instrução criminal - Liberdade provisória - Impossibilidade - Primariedade - Bons antecedentes - Residência fixa - Circunstâncias pessoais favoráveis - Irrelevância - *Habeas corpus* - Denegação da ordem 350

PROCESSO CIVIL E DO TRABALHO
Agravo regimental - Reclamação - Direito administrativo - Competência - Reclamação trabalhista - Contratação temporária de agentes pelo Poder Público - Alegação de nulidade do vínculo - Pleito de verbas rescisórias decorrentes de suposta caracterização como relação de emprego - Processo em curso na Justiça do Trabalho - Ofensa à autoridade da decisão proferida na ADIN nº 3.395/DF - Competência da Justiça Comum - Agravo regimental provido - Reclamação julgada procedente (STF) 440

PROCESSO CRIMINAL
Citação por edital - Não comparecimento do réu - Ausência de constituição de advogado - Nomeação de defensor público - Prosseguimento do feito - Cerceamento de defesa - Nulidade - Inteligência do art. 366 do CPP com a nova redação dada pela Lei 9.271/96 353

PROMESSA DE COMPRA E VENDA
Fraude à execução - Simulação de negócio jurídico - Presunção de boa-fé de terceiro - Afastamento - Irregularidade na transação - Indícios - Alienação e transferência do bem - Ineficácia 241

PROPAGANDA INSTITUCIONAL
Símbolo de partido político e logomarca da prefeitura - Semelhança - Ofensa ao princípio da impessoalidade - Tutela deferida para remoção do ilícito e indenização ao erário 92

- R -

RECEPTAÇÃO DOLOSA
Veículo clonado - Origem ilícita do bem - Conhecimento pelo réu - Indícios suficientes - Condenação 313

RECURSO
Intempestividade - Justa causa - Não ocorrência - Imprevisibilidade - Requisito indispensável - Atestado médico após o decurso do prazo - Ausência de justificativa - Não conhecimento 72

REEXAME NECESSÁRIO
Ação declaratória - Renovação de alvará sanitário - Exigência de farmacêutico - Responsabilidade técnica - Técnico em farmácia inscrito junto ao conselho regional de farmácia - Possibilidade - Súmula 120 do STJ - Inteligência - Honorários advocatícios - Redução - Art. 20, § 4º, do CPC - Exegese - Custas - Entes públicos da administração direta - Isenção - Custas recolhidas previamente pelo vencedor - Condenação - Ônus da sucumbência 150

REEXAME NECESSÁRIO DE OFÍCIO
Pensão por morte - Viúvo não inválido - Inexistência de lei específica - Igualdade constitucional das posições jurídicas das pessoas de ambos os sexos - Aplicação imediata dos direitos fundamentais - Ilegitimidade passiva - Beprem 109

REINTEGRAÇÃO DE POSSE
Benfeitorias - Direito de retenção - Indenização - Inexigibilidade - Possuidor de má-fé - Arrendamento mercantil - Consciência da ilegitimidade do direito - Tutela antecipada - Indeferimento - Manutenção 90

Liminar - Concessão - Ausência de oitiva do réu - Possibilidade - Citação editalícia anterior - Inexigência - Inteligência do art. 929 do CPC - Requisitos legais para a proteção possessória demonstrados - Recurso não provido . . . 216

RESCISÃO CONTRATUAL
Distribuição de combustível - Outras avenças - Multa - Pedido de restituição de equipamentos - Cumulação de ações - Agravo retido - Ausência de ratificação - Legitimidade passiva - Verificação - Testemunhas suspeitas - Oitiva - Impossibilidade - Cerceamento de defesa - Inexistência - Agravos não providos - Prescrição - Não consumação - Descumprimento de contrato - Rescisão e multa - Cabimento - Cessão de direitos - *Res inter alios* - Denunciação da lide - Possibilidade - Repetição em dobro de valores cobrados a maior - Má-fé - Ausência - Honorários advocatícios - Readequação - Possibilidade - Multa compensatória - Termo final - Fixação - Solidariedade - Inexistência . .183

RESERVA LEGAL
Inexistência de floresta ou vegetação nativa - Irrelevância - Averbação - Exigência - Direito de propriedade - Função social - Meio ambiente - Prevalência do interesse coletivo 308

RESPONSABILIDADE CIVIL
Indenização - Danos morais e materiais - Veículo arrematado em leilão - Vício oculto - Chassi remarcado - Apreensão do bem - Impossibilidade de transferência - Anulação do negócio jurídico - Possibilidade - Apelo adesivo - Interesse

recursal - Impugnação da sentença - Busca de situação mais vantajosa - Possibilidade - Carência da ação - Ilegitimidade passiva - Não ocorrência - Eventualidade de demonstração de ato reprovável ou ilícito das partes - Obrigação de reparação dos prejuízos 297

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL
Registro de nascimento de filhos - Casamento ulterior dos pais - Alteração dos sobrenomes - retificação devida . .157

ROUBO
Crime tentado - *Iter criminis* - Percurso - Aproximação do resultado - Pena - Diminuição na fração máxima - Inadmissibilidade - Atenuante genérica - Teoria da coculpabilidade - Inaplicabilidade - Circunstâncias atenuantes - Confissão espontânea - Menoridade - Redução da pena aquém do mínimo legal - Impossibilidade 344

ROUBO MAJORADO
Art. 157, § 2º, I, do CP - Emprego de arma desmuniciada - Intimidação da vítima - Caracterização do delito - Condenação 332

Concurso de pessoas - Corréu - Depoimento pessoal - Poder discricionário do juiz - Intimação - Ausência - Cerceamento de defesa - Inexistência - Nulidade - Não ocorrência - Autoria - Prova - Condenação - Causa de diminuição de pena - § 1º do art. 29 do CP - Participação de menor importância - Não reconhecimento 362

Crime tentado - Concurso de pessoas - Emprego de arma de fogo - Circunstância objetiva - Comunicação ao corréu - Autoria e materialidade - Prova - Condenação - Fixação da pena - *Quantum* exacerbado - Redução de ofício - Regime de cumprimento da pena - Alteração 374

- S -

SEGURO DE VIDA
Ação de cobrança - Contrato - Princípio da boa-fé - Exigibilidade - Doença preexistente - Ciência do segurado - Conjunto fático-probatório - Má-fé demonstrada - Indenização indevida 87

SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA
Erro material - Trânsito em julgado - Inexistência - Retificação - Possibilidade - Crime doloso - Reincidência - Pena privativa de liberdade - Substituição por restritiva de direitos - Impossibilidade 357

SERVIDOR PÚBLICO
Direção sindical - Cargo de secretário geral - Licença remunerada - Previsão na legislação local - Cabimento - Mandado de segurança - Concessão da ordem 237

Gratificação - Giefs - Incidência sobre o vencimento-base - Art. 37, IV, da CR/88 - Caráter *propter laborem* - Parcela variável - Ausência de natureza salarial - Incidência sobre adicional ou vantagem - Proibição - Incidência de imposto de renda - Acréscimo patrimonial - Legalidade 223

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL
Redução da jornada de trabalho - Responsável por excepcional submetido a tratamento de saúde - Art. 1º da Lei Estadual nº 9.401/86 - Exegese - Juros de mora - Art. 5º da Lei nº 11.960/2009 - Inteligência 220

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL
Morte - Seguro de vida em grupo - Pecúlio - Convênio entre o Ipsemg e o Município - Rescisão - Restituição das parcelas pagas - Direito assegurado - Dano moral - Indenização - Não cabimento - Fazenda Pública - Sucumbência - Honorários advocatícios - Fixação 277

SINDICATO
Contribuição sindical - Cobrança - Câmara municipal - Servidores públicos - Ausência de representatividade - Base territorial da entidade - Município não incluído - Previsão estatutária - Registro no Ministério do Trabalho e Emprego - Necessidade - Princípio da unicidade sindical - Art. 8º, inciso II, da Constituição Federal 84

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO
Revogação - Oitiva prévia do acusado - Ausência - Ofensa ao princípio do contraditório - Anulação - Art. 89, § 5º, da Lei 9.099/95 - Extinção da punibilidade - *Habeas corpus* - Concessão da ordem 391

- T -

TESTAMENTO
Anulação - Falsidade da assinatura - Prova pericial oficial conclusiva - Testemunhas - Art. 1.631, II, do Código Civil de 1916 - Inobservância - Nulidade 98

TORTURA
Delito praticado por marido contra sua mulher - Sujeito passivo - Esposa - Não enquadramento nas hipóteses do art. 1º, II, da Lei 9.455/97 - Desclassificação do crime para lesões corporais 385

TRÁFICO DE DROGAS
Associação - Interceptações telefônicas - Prorrogações sucessivas - Possibilidade - Nulidade - Não ocorrência - Coautoria - Denúncia - Fatos narrados - Conduta de cada agente - Inexistência de particularização - Admissibilidade - Descrição sucinta - Cabimento - Inépcia - Inexistência - Inquérito policial - Fusão - Prova emprestada - Ausência - Autoria e materialidade - Prova - Condenação - Desclassificação do crime para os delitos dos arts. 28 ou 33, § 3º, da Lei 11.343/06 - Não cabimento - Organização criminosa - Causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 - Inaplicabilidade - Crime hediondo - Regime de cumprimento da pena inicialmente fechado - Pena privativa de liberdade - Substituição por pena restritiva de direitos - Possibilidade 392

Crime permanente - Prisão em flagrante - Uso de algemas - Nulidade - Não ocorrência - depoimento de policiais - Presunção de veracidade - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Condenação - Pena aplicada - Manutenção 347

Denúncia anônima - Constitucionalidade - Sigilo de dados pessoais - Necessidade - Inépcia da denúncia - Não ocorrência - Ação penal - Ausência de justa causa - Exame aprofundado das provas - Impossibilidade - Trancamento da ação penal - Descabimento - *Habeas corpus* - Denegação da ordem 401

Habeas corpus - Processo penal - Receptação, tráfico e associação para o tráfico de drogas - Sentença condenatória mantida em sede de apelação - Audiência de instrução e julgamento - Inversão na ordem de formulação das perguntas - Nulidade - Exegese do art. 212 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690//08 - Ofensa ao devido processo legal - Constrangimento evidenciado - Ordem concedida (STJ) 408

Réu preso durante a instrução criminal - Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 - Causa de diminuição da pena - Recurso em liberdade - Possibilidade - Inteligência do art. 387, parágrafo único, do CPP - Sentença condenatória - Liberdade provisória - Negativa - Ausência de fundamentação - Constrangimento ilegal - Paciente reincidente - Prisão provisória - Manutenção - *Habeas corpus* - Concessão em parte 400

TRIBUNAL DO JÚRI
Apelação - Recurso da defesa - Ausência de fundamentação - Não enquadramento nas hipóteses elencadas no art. 593, III, do CPP - Não conhecimento 364

- U -

USO DE DOCUMENTO FALSO
CRLV adulterado - Condenação 313

USO DE ENTORPECENTES
Citação por edital - Não comparecimento do réu - Ausência de constituição de advogado - Nomeação de defensor público - Prosseguimento do processo criminal - Cerceamento de defesa - Nulidade - Inteligência do art. 366 do CPP com a nova redação dada pela Lei 9.271/96 353

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA
União estável - Composse - Morte do companheiro/proprietário - Posse exclusiva da companheira sobrevivente - Prova - Declaração de propriedade deferida - Herdeiros - Usucapião - Pretensão não demonstrada 82

- V -

VEÍCULO
Apreensão - CRLV - Ausência - Multa de trânsito - Existência - Liberação do veículo - Condicionamento ao pagamento das multas - Possibilidade - Mandado de segurança - Denegação da ordem - Voto vencido 261

Transferência - Ilicitude - Prova - Ausência - Ônus de quem alega - Agente de posse do CRLV - Presunção de legalidade - Declaração de nulidade do registro - Inviabilidade 113

"VENDA CASADA"
Cesta de produtos bancários - Cobrança de tarifas - Ilegalidade - Não configuração - Resolução 2.303/96 do Banco Central - Não contratação dos serviços - Prova - Art. 333, I, do CPC - Não ocorrência 86

VIAS DE FATO
Ausência de prova - Absolvição 340

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
Lesão corporal - Ameaça - Autoria e materialidade - Indícios - Garantia da ordem pública - Preservação da integridade física e psicológica da vítima - Prisão preventiva - Necessidade - Decisão fundamentada - Liberdade provisória - Impossibilidade 324

Lesão corporal - Lei Maria da Penha - Natureza da ação penal - Ação penal pública condicionada - Representação da vítima - Necessidade - Retratação - Possibilidade 370

Lesão corporal - Relacionamento homoafetivo entre mulheres - Lei Maria da Penha - Aplicabilidade 372

...