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. 196	p. 1-371	jan./mar. 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 nº 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 1°.03.2011)

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

Composição de Câmaras e Grupos (em 1º.03.2011) - 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
(...)

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
(...)
(...)

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	Quinto Grupo de Câmaras Cíveis
Desembargadores Osmando Almeida* 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 (...)	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	Sexto Grupo de Câmaras Cíveis
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	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	Sétimo Grupo de Câmaras Cíveis
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 (...)	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	Oitavo Grupo de Câmaras Cíveis
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	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 Eduardo Mariné da Cunha* Pedro Bernardes de Oliveira Luciano Pinto Márcia De Paoli Balbino Antônio Lucas Pereira	Desembargadores Guilherme Luciano Baeta Nunes* José de Anchieta da Mota e Silva Elpídio Donizetti Nunes Arnaldo Maciel Pinto (...)

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 Ediwal José de Morais Judimar Martins Biber Sampaio* Alberto Deodato Maia Barreto Neto Flávio Batista Leite (...)	Desembargadores José Antonino Baía Borges* Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires Renato Martins Jacob Nelson Missias de Morais Matheus Chaves Jardim	Desembargadores Antônio Carlos Cruvinel* Paulo Cézar Dias Antônio Armando dos Anjos Eduardo César Fortuna Grion (...)

** Presidente da Câmara*

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

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

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

** Presidente da Câmara*

Terceiro Grupo de Câmaras Criminais - Horário: 13 horas
Sexta 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

Manuel Bravo Saramago

Belizário Antônio de Lacerda

Paulo Cézar Dias

Armando Freire

Dárcio Lopardi Mendes

Antônio Armando dos Anjos

Francisco Kupidlowski

Mauro Soares de Freitas

Dídimo Inocêncio de Paula

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 - 4ª, 5ª e 6ª Cíveis

Dárcio Lopardi Mendes - 1ª, 2ª e 3ª Cíveis

Sandra Fonseca - 9ª, 10ª e 11ª Cíveis

Selma Marques - 7ª e 8ª Cíveis

Nicolau Masselli - 15ª, 16ª, 17ª e 18ª Cíveis

Rogério Medeiros - 12ª, 13ª e 14ª Cíveis

Ediwal José de Moraes - 4ª, 5ª, 6ª e 7ª Criminais

Adilson Lamounier - 1ª, 2ª e 3ª Criminais

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Sebastião Helvécio Rosenburg - Nota biográfica 15

O *Erário Régio de Sua Majestade* e a administração fiscal nas Minas setecentistas 16

DOUTRINA

Os direitos humanos e as escolas de Magistratura - Sandra Fonseca 19

O agravo retido em audiência - Ângela de Lourdes Rodrigues 23

Transação penal: cabimento nos delitos de ação penal privada -Tiago Antonio de Barros Santos 33

Ementa jurisprudencial: constituição e particularidades - Reginaldo de Carvalho Machado 47

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Corte Superior 49

Jurisprudência Cível 53

Jurisprudência Criminal 255

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 333

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 345

ÍNDICE NUMÉRICO 355

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO 359

Desembargador SEBASTIÃO HELVÉCIO ROSENBURG

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Nota Biográfica*

Desembargador Sebastião Helvécio Rosenburg

O Desembargador Sebastião Helvécio Rosenburg nasceu em Belo Horizonte, no dia 23 de abril de 1941; filho do Des. Helvécio Rosenburg, ex-Presidente deste Tribunal de Justiça, e de Dona Maria Olga Machado Rosenburg.

Iniciou seus estudos na cidade de Teófilo Otoni, estudou no Colégio Dom Silvério e Arnaldo, em Belo Horizonte, e ingressou na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, em 1959, onde se bacharelou em 1963.

Nomeado, através de concurso público, para o cargo de Juiz de Direito da Comarca de Santo Antônio do Monte, em 1966, foi promovido posteriormente para as Comarcas de Inhapim, Conselheiro Pena e Juiz de Fora.

No dia 17 de agosto de 1974, foi promovido, por merecimento, ao cargo de Juiz de Direito da 7ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte. Em 10 de fevereiro de 1979, também por merecimento, foi promovido ao cargo de Juiz do extinto Tribunal de Alçada, no qual também exerceu o cargo de Vice-Presidente a partir de 1º de março de 1984. Promovido ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça, em 22 de maio de 1986, foi eleito 2º Vice-Presidente e Diretor da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, em 24 de setembro de 1997.

Foi Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais - TRE-MG, no período de setembro de 1994 a junho de 1996, onde liderou uma verdadeira revolução na história da Justiça Eleitoral, ao apresentar ao público mineiro o modelo original da urna eletrônica, que seria testada pela primeira vez nas eleições municipais de 1996. Mais do que participar ativamente de uma revolução tecnológica, o Desembargador Sebastião Rosenburg conquistou o coração dos servidores do TRE-MG com seu jeito simples e amistoso.

Aposentou-se em 21 de setembro de 1998.

Sebastião Rosenburg foi ainda professor de Direito Processual Civil e de Direito Comercial na Faculdade de Direito de Itaúna e de Filosofia do Direito na Academia da Polícia Civil de Minas Gerais, bem como professor nas Comarcas de Santo Antônio do Monte, Inhapim e Conselheiro Pena, na qual foi também Diretor do Ginásio Tiradentes.

Condecorado com várias medalhas, inclusive homenageado duas vezes como Juiz Criminal do Ano.

O Desembargador faleceu aos 70 anos, no dia 23 de junho de 2011, deixando viúva a Sr.ª Gilda Maria Kalil Rosenburg e os filhos Helena Cristina Kalil Rosenburg e Jacy Kalil Rosenburg.

Referências

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Arquivo de Provimento de Comarcas da Magistratura de Minas Gerais*. Pasta Funcional. Belo Horizonte. 14 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Currículo Desembargadores*. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/institucional/desembargadores/des_apos/sebastiao_helvecio_rosenburg.html>. Acesso em: 11 jul. 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. 2ª Câmara Cível. *Voto de pesar pelo falecimento do Des. Sebastião Helvécio Rosenburg*. [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 28 jun. 2011. 2 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. 5ª Câmara Cível. *Voto de pesar pelo falecimento do Des. Sebastião Helvécio Rosenburg*. [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 30 jun. 2011. 2 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. 6ª Câmara Cível. *Voto de pesar pelo falecimento do Des. Sebastião Helvécio Rosenburg*. [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 28 jun. 2011. 3 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. 7ª Câmara Cível. *Voto de pesar pelo falecimento do Des. Sebastião Helvécio Rosenburg*. [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 28 jun. 2011. 2 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. 8ª Câmara Cível. *Voto de pesar pelo falecimento do Des. Sebastião Helvécio Rosenburg*. [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 30 jun. 2011. 1 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. 2ª Câmara Criminal. *Voto de pesar à memória do Des. Sebastião Helvécio Rosenburg*. [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 30 jun. 2011. 1 f.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. 3ª Câmara Criminal. *Voto de pesar à memória do Des. Sebastião Helvécio Rosenburg*. [Notas taquigráficas]. Belo Horizonte, 28 jun. 2011. 1 f.

* Autoria: Andréa Vanessa da Costa Val e Ângela Maria Ribeiro Dias Guimarães, sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

Nota Histórica

O *Erário Régio de Sua Majestade* e a administração fiscal nas Minas setecentistas*

A Memória do Judiciário Mineiro - Mejud guarda em seu acervo fragmentos preciosos do passado de Minas, bem como réplicas de acervos importantes para a história brasileira, não se restringindo apenas ao Poder Judiciário, mas também que contam a história da administração, da política, dos costumes e da sociedade desde o período colonial no Brasil. O *Erário Régio de Sua Majestade* é um desses fragmentos da história que revela detalhes da administração colonial.

Escrito por Francisco Antônio Rebelo, em 1768, na administração do então Governador e Capitão-General da Capitania das Minas Gerais, Luís Diogo Lobo da Silva, a obra destaca-se não apenas pelo minucioso detalhamento contábil, mas também pela belíssima caligrafia, que nos permite resgatar, mais de 240 anos depois, a riqueza de informações registradas no exemplar. O autor nasceu em Minho, Portugal, em 1731. Veio à região das Minas para servir como escrivão e contador da Provedoria da Real Fazenda, o que significava a existência de uma relação de prestígio na Corte.

Rebelo serviu na Capitania de Minas Gerais de meados de 1760, possivelmente, até 1799. Seu trabalho foi contemporâneo ao contexto da Inconfidência Mineira, movimento que, apesar de não ter passado da fase conspiratória, foi uma amostra clara da insatisfação dos colonos da região das Minas com o aumento da tributação sobre o ouro.

Muitas obras foram inspiradas pelo *Erário Régio*, algumas próximas à data de sua edição, tais como: *Memórias históricas e geográficas* (1778), de José Joaquim da Rocha; o poema *Vila Rica* (1773), de Cláudio Manoel da Costa; a *Instrução para o governo da Capitania de Minas Gerais* (1780), do Desembargador José Teixeira Coelho; e outras do século XIX, como a monografia de Diogo Pereira Ribeiro de Vasconcelos, *Minas e os quintos do ouro* (1804):

> As fontes de Cláudio foram essencialmente duas: os números de Rebelo [...].
> O Des. José João Teixeira Coelho, Intendente de Vila Rica, empossado a 16 de julho de 1768, isto é, pouco tempo depois do término da obra de Rebelo [...], redigiu em Portugal (1780) sua celebrada *Instrução para o governo da Capitania de Minas Gerais*, de nítida inspiração no *Erário Régio* [...].
> Resta-nos o Dr. Diogo, cuja monografia *Minas e os quintos do ouro* (1804) valeu-lhe o oficio de Tesoureiro na Junta da Real Fazenda e, menos de um século depois, o elogio de Capistrano de Abreu (1892) (OLIVEIRA, 1976, p. 97-98).

Em fins do século XVII e início do XVIII, foi encontrado ouro no Brasil, na região que hoje compreende o território de Minas Gerais. Essa descoberta acabou por alterar o eixo político e administrativo da Colônia, que até então tinha sua atenção voltada para o extrativismo e a agricultura do nordeste, e, no momento, deslocou-se para as Minas do Ouro. O território, antes pertencente ao Rio de Janeiro, foi desmembrado em outra Capitania, a de São Paulo e Minas do Ouro. Mas, em 1720, após a frustrada Revolta de Vila Rica, a Coroa portuguesa decidiu desmembrá-lo novamente para facilitar a fiscalização, criando a Capitania das Minas Gerais, tendo Vila Rica (atual Ouro Preto) como sede.

Esse novo contexto desencadeou uma maior fiscalização, tanto do ouro extraído, quanto de outras rendas, como tributos recolhidos nas passagens, alfândegas, sobre o comércio de bens e alimentos, dízimos, dentre outros. Isso denota a importância que a arrecadação oriunda das Minas Gerais tinha para Portugal, sendo que esta, ao longo dos anos, consolidou-se como uma das regiões de maior arrecadação da Colônia. Para se ter uma ideia, houve um aumento muito grande no número de funcionários encarregados da administração na região mineradora:

> Nas duas últimas décadas do século XVII e nas quatro primeiras do século XVIII, o setor das minas na administração fazendária foi consideravelmente ampliado, praticamente duplicando o número de funcionários a serem nomeados e pagos pela Coroa (SILVA, 2000, p. 212).

Esse conjunto de ações fiscalizadoras visava ao aumento da arrecadação, que não advinha apenas da atividade aurífera. Com a descoberta do ouro, subitamente, houve um salto populacional pouca vezes visto, em razão da velocidade da ocupação na área mineradora. Dessa forma, setores como pecuária e agricultura, associados a um forte comércio, cresceram para abastecer a região, que rapidamente gerou a circulação de grandes valores e, como consequência, o recolhimento de tributos diversos. Com a queda da produção aurífera, estes setores que se desenvolveram em torno da mineração, possibilitando sua existência, consolidaram-se e passaram, a partir de então, a ser a fonte maior de renda da região, fazendo de Minas um dos maiores centros abastecedores da Colônia.

Nessa mesma época, mais precisamente em 1755, Lisboa, sede da Metrópole, foi sacudida por um terremoto sem precedentes na história portuguesa. Vários

---

* Ensaio elaborado por Vanessa da Costa Val, assessora da Memória do Judiciário Mineiro, Carine Kely Rocha Viana, Lays Silva de Souza (estagiária da Mejud), sob a supervisão do Desembargador Hélio Costa, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

prédios do governo foram completamente destruídos, dentre eles o Terreiro do Paço, que sediava a Casa dos Contos. Esse fato contribuiu para aumentar ainda mais a desordem nos serviços do fisco lusitano, que não eram muito organizados[1]. Diante do quadro de destruição e, por conseguinte, do caos administrativo, a reforma do império de Portugal não passa apenas pela reconstrução física de Lisboa, mas também de toda sua estrutura administrativa, a qual foi submetida a grandes transformações.

Foi nesse contexto que surgiu a obra, objeto deste ensaio, o *Erário Régio de Sua Majestade*, de 1768. Para compreender melhor a relevância histórica deste documento, é preciso mergulhar no universo da administração fazendária do império português.

Desde as descobertas ultramarinas, o Estado português buscou soluções para dinamizar a administração de suas receitas, como, por exemplo, o Alvará de Dom Sebastião, de 1º de abril de 1560.

Conforme assinala Cunha (2010), a partir de 1750, ocorreu um processo de forte centralização da administração fazendária, que era conduzida pela Secretaria de Estado dos Negócios do Reino, estando à frente dela o Marques de Pombal:

> A criação do Erário Régio, por carta de lei de dezembro de 1761, muda efetivamente a paisagem da organização financeira no Estado português. Concebido enquanto instância unificada da contabilidade geral de receita e despesa do Reino e seus domínios, funcionaria o Erário como peça fundamental do processo de centralização política levado a cabo por Sebastião José de Carvalho e Melo, o futuro Marquês de Pombal, à época Conde de Oeiras. O reinado de D. José I, não obstante, assistiu desde seu começo, em 1750, à condução de uma série de medidas no sentido de melhorar a arrecadação dos direitos e rendas reais que se marcavam em particular pela dispersão em muitas repartições, pelos abusos dos oficiais do fisco e pelos atrasos vários nos depósitos desses direitos e rendas. Pode-se anotar, por exemplo, o alvará de maio de 1751, que extinguiu os ofícios de depositários da Corte e cidade e cria a Junta de Administração dos Depósitos Públicos da Corte e Cidade de Lisboa, cumprindo dois objetivos fundamentais, o de diminuir o atraso nos pagamentos e o de pôr em prática uma escrituração contábil que viabilizasse o controle das receitas e despesas por ali passadas. Poucos anos depois, 1757, assiste-se à extinção de uma série de órgãos, anexando-se suas funções à Junta referida acima (CUNHA, 2010, p. 4).

Apesar dessas ações, a administração ainda não apresentava grande eficácia e passava por muitos descaminhos. O Erário Régio foi criado em Lisboa, no reinado de D. José I, por Carta de Lei, de 22 de dezembro de 1761, após a extinção da Casa dos Contos do Reino e Casa. Tal medida simbolizava o regime de centralização absoluta, isto é, na teoria, todas as rendas da Coroa deveriam ali dar entrada e dela sairiam os fundos para todas as despesas.

> A criação do Erário Régio insere-se, assim, neste contexto e, em larga medida, busca oferecer resposta a esses desafios. Se a Casa dos Contos se limitava a não mais que confrontar as receitas recebidas e as despesas pagas pelos agentes do fisco, responderia o Erário Régio por substantiva inovação na medida em que passa a ser agora o próprio Tesouro quem paga e recebe, buscando aprofundar o controle das contas e ao mesmo tempo evitar os descaminhos. O órgão se estruturava internamente em um arranjo hierárquico que tinha como figura máxima o próprio Secretário de Estado dos Negócios do Reino, no cargo de Inspetor Geral do Tesouro, 'Lugar Tenente imediato à Real Pessoa de Sua Majestade' (CUNHA, 2010, p. 5).

Como parte deste movimento de reforma administrativa dirigido por Pombal, temos, em 1765, a instituição da Junta da Real Fazenda em Minas Gerais. Apesar disso, Cunha (2010) destaca que, em 1769, foram dadas as instruções para seu funcionamento, muito embora, em 1771, ela tivesse sido novamente instituída, passando a funcionar no ano de 1772.

Na Junta, trabalharam ilustres personagens como o inconfidente Tomás Antônio Gonzaga (Ouvidor da Coroa), dentre juízes e procuradores da Coroa.

O Erário representava uma ação fiscalizadora e era encarregado de administrar as finanças e cobrar tributos tanto em Portugal, como também em domínios ultramarinos. A intenção era impedir o não pagamento de impostos e o enriquecimento por parte de alguns oficiais do fisco, que desviavam parte das rendas que, por direito, deveriam ser repassadas à Metrópole.

O documento traz toda a movimentação fazendária da *Capitania das Minnas Geraes* no período de 1715 a 1767, sendo concluído em 1768, e subdividia-se em quatro Relações, dos Dízimos, das Entradas, das Passagens de Rios e dos Ofícios da Justiça. Deve-se ressaltar que os tributos referentes à extração de ouro não entravam na contabilidade descrita no Erário Régio.

O tributo considerado mais importante era o das *entradas* - tarifa aduaneira que incidia sobre todas as importações - o qual era dividido entre produtos secos - não comestíveis - e molhados - os comestíveis, incluindo líquidos ou sólidos. Também era fiscalizado o dízimo, as passagens de rios - espécie de pedágio - e, por fim, os ofícios da justiça.

Para melhor compreender a estrutura administrativa portuguesa, podia-se caracterizá-la como uma espinha dorsal que se iniciava no Rei, passava pelo Conselho Ultramarino e, por fim, chegava até as câmaras municipais através dos governadores e capitães-gerais. Porém,

[1] CUNHA, Alexandre Mendes. *A Junta da Fazenda em Minas Gerais e seu diálogo com o Erário Régio na metrópole em fins do século XVIII. 2010.*

cabe ressaltar que havia uma maior complexidade devido às "tensões e conflitos de atribuições, com disputa de caráter pessoal ou jurídico" (WOOD, 1977, p. 26).

Apesar de ser um cargo pouco prestigiado, a função dos almotacés não pode deixar de ser aqui destacada. Os almotacés exerciam papel semelhante ao dos fiscais, eram nomeados pela câmara e tinham que cuidar do abastecimento nos municípios, condição primordial para a sustentação da ordem colonial. Percebe-se que a função dos almotacés era indispensável para a manutenção diária dos municípios e a eficácia da estrutura administrativa centralizadora que a Coroa almejava implementar com a criação do Erário Régio.

O livro de Tarquínio J. B. de Oliveira, publicado pela Escola de Administração Fazendária, em 1976, traz a reprodução fac-símile da obra original[3] de Francisco A. Rebelo. No acervo da Mejud, consta um exemplar desse livro, o qual foi doado pelo seu segundo superintendente, Desembargador Walter Veado.

Referências

CARRARA, Ângelo Alves. *Fiscalidades e conjunturas financeiras do Estado do Brasil, 1607-1718*. Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, 2006. Disponível em: <http://www.fea.usp.br/feaecon//media/fck/File/ACarrara_Fiscalidade.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2011.

CASA dos Contos do Reino e Casa/Erário Régio. Disponível em: <http://www.aatt.org/site/index.php?op=Nucleo&id=208>. Acesso em: 18 jul. 2011.

CASAS dos Contos. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Memoria/administracao/reparticoes/colonia/casadoscontos.asp>. Acesso em: 18 jul. 2011.

COLEÇÃO Casa dos Contos. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/fundos_colecoes/brtacervo.php?cid=12>. Acesso em: 18 jul. 2011.

CUNHA, Alexandre Mendes. A Junta da Fazenda em Minas Gerais e seu diálogo com o Erário Régio na metrópole em fins do século XVIII: reflexão sobre os limites às reformas econômicas na colônia dentro da administração fazendária portuguesa. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 38., 2010, Salvador. *Trabalhos aprovados*... Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2010/inscricao/arquivos/000-6c2884023a1bd870747fcd624238e3ba.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2011.

EXPOSIÇÃO do governador D. Rodrigo José de Menezes sobre o estado de decadência da Capitania de Minas Gerais e os meios de remediá-la. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 311-327, abr./jun. 1897. Disponível em: <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/rapm/brtacervo.php?cid=72&op=1>. Acesso em: 18 jul. 2011.

O ERÁRIO Régio: Real Fazenda e Vila Rica, 1768. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/memoria2-/fatoanterior.html>. Acesso em: 18 jul. 2011.

OLIVEIRA, Tarquínio J.B. *Análise e organização do Erário Régio de Francisco A. Rebelo*, 1768. Brasília, ESAF, 1976.

SALGADO, Graça (Coord.). *Fiscais e meirinhos:* a administração do Brasil colonial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

SILVA, Vera Alice Cardoso. O sustento financeiro da administração colonial. *Revista Varia História*, Belo Horizonte, v. 21, p. 209-221, 2000.

SOUZA, Débora Cazelato. A institucionalização mineira: formação jurídica e administrativa das Minas no início do setecentos. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL JUSTIÇA, ADMINISTRAÇÃO E LUTA SOCIAL, 1., 2010, Mariana. *Anais eletrônicos*... Disponível em: <http://www.seminariojals.ufop.br/debora_cazelato_de_souza.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2011.

WOOD, A. J. Russell. O governo local na América Portuguesa: um estudo de divergência cultural. *Revista de História*, São Paulo, n. 109, p. 25-79, 1977.

...

[2] O original encontra-se no Arquivo Público Mineiro, em Belo Horizonte.

DOUTRINA

Os direitos humanos e as escolas de magistratura

Sandra Fonseca[*]

El humanismo entendido como vocacion permanente de humanidad, pertence a la esencia del ombre (ALZAMORA VALDEZ, 1977).

Sumário: 1 Notas introdutórias. 2 Estado Democrático de Direito e direitos fundamentais. 3 A universalidade dos direitos do homem. 4 Os direitos humanos. 5 O Poder Judiciário e a consolidação dos direitos humanos. 6 As escolas de magistratura sob a ótica dos direitos humanos. 7 Conclusão. Referências.

1 Notas introdutórias

O crescimento econômico dos países mais pobres e as revoluções nos países árabes deixaram em evidência os direitos humanos.

A busca pela democracia de cada país atualmente está conjugada por longo caminho de solidificação da proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Embora tenhamos autorizada doutrina entendendo que direitos humanos e direitos fundamentais se distinguem, parece-nos que a sinonímia entre os dois termos traz a melhor precisão do sentido, porquanto todos os direitos são humanos, início da concepção de todos os demais direitos.

O reconhecimento pelo Estado da existência desses direitos, com a necessidade de garantia deles para o crescimento do país, constitui a tônica do desenvolvimento, sendo que, nessa seara, não há desenvolvimento sem justiça.

A caminhada do Estado para alcançar o desenvolvimento pleno da população deve ser feita junto com o Judiciário. Por questões políticas, principalmente na América Latina, local de persistentes ditaduras, não havia campo profícuo ao desenvolvimento da atividade judicial livre.

O Poder Judiciário não era considerado como parte do mecanismo de progresso social. O tempo se encarregou de mostrar que o crescimento sem a garantia dos direitos era tão somente negociação econômica, e não desenvolvimento.

Nas palavras de Zafaroni (1995):

> Pensamos que a legitimidade democrática não é julgada unicamente pela origem, senão também e às vezes fundamentalmente, pela função. Segundo nosso ponto de vista, o prioritário no Judiciário é sua função democrática, ou seja, sua já mencionada utilidade para a estabilidade e continuidade democrática.

O Judiciário não deve ser visto somente como um dos poderes, mas como a expressão do grau de desenvolvimento do Estado e como assegurador das garantias públicas.

Nesse contexto, devem migrar para lá não só o conhecimento jurídico, que é o pressuposto da função judicante, mas a aplicação principiológica da lei e o compromisso, acima de todos os outros, com os direitos fundamentais.

Especial atenção devem ganhar as escolas de magistratura. A aprovação no concurso já demonstra que o candidato acumulou o conhecimento jurídico necessário para o exercício da função, mas falta-lhe a visão humanística do direito.

2 Estado Democrático de Direito e direitos fundamentais

Em sua origem, o direito, como se sabe, tinha caráter sancionatório, saindo da fase do direito protetivo do soberano para a feição promocional dos direitos fundamentais em processo de consolidação.

O entendimento do estado racional com o Iluminismo e a Revolução Francesa, passando pelo constitucionalismo dos direitos fundamentais, como forma de proteção dos direitos do homem, e o impacto desse campo do direito com a internacionalização dos direitos humanos é que alcança o que hoje denominamos de direitos fundamentais.

Com a Segunda Guerra, descortinou-se a insegurança mundial e, por consequência, a necessidade de proteção aos direitos fundamentais. Até então existia o dogma da soberania absoluta de cada Estado, e cinco potências estabeleciam o equilíbrio no cenário (Áustria-Hungria, Prússia, Rússia, Grã-Bretanha e França). Após a Segunda Guerra, que acarretou a morte de milhões de pessoas, a formação dos blocos ocidental e oriental, o surgimento de armas de destruição em massa e a modificação dos polos hegemônicos criaram a necessidade de um órgão supranacional (ONU) e, principalmente, surgiu a necessidade de proteção dos direitos mais fundamentais do ser humano.

---

[*] Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

3 A universalidade dos direitos do homem

Os direitos fundamentais do homem firmaram-se, para todos os propósitos práticos, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), propagando-se e enriquecendo-se em todos os países que buscam a consolidação da democracia.

Trataram os países que seguem esse rumo de incorporar o tema em suas Constituições, o qual se propagou e se enriqueceu em todos os países que buscam a consolidação da democracia.

Os Direitos e Garantias Fundamentais vêm elencados no Capítulo I do Título II, mais precisamente no disposto nos arts. 5º a 17 da Constituição Federal. Os preceitos traçados no art. 5º, que contém direitos classificados como de primeira geração (BONAVIDES, 1999), já se encontravam inseridos nas normas de proteção internacional dos direitos humanos e agora foram erigidos a cânone constitucional com a Carta Federal de 1988.

Bobbio fala em direito individual, social e transindividual (BOBBIO, 1992, p. 51) e já menciona a quarta geração dos direitos, os da biotecnologia.

Tudo leva a crer que a sociedade ainda não tem reposta adequada para a garantia dos direitos diante da diversidade cultural.

Aliada a isso, no aspecto econômico, ocorreu a descentralização da hegemonia, com o aparecimento de vários países principais, com novos padrões de alianças, onde até então só se conhecia a mudança de poder de um país para outro, ou, quando muito, a bipolarização da hegemonia.

Assim, os mecanismos até então conhecidos e estanques são ineficazes e não dão solução para os problemas, surgindo a necessidade de observância da igualdade universal dos direitos humanos.

4 Os direitos humanos

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos com propriedade traz como preâmbulo: "Todos os homens *nascem* livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade".

O conceito de nascer tem uma importância especial, porque, ao nascer, o homem exerce o ato de *chegar* ao cenário do ambiente já como titular de direitos.

A diferença das circunstâncias econômicas, sociais, culturais do nascimento não tem o condão de anular a premissa de sujeito global de direitos, até a saída do cenário da vida.

O indivíduo não perde essa qualidade adquirida mesmo quando nasce na condição de escravo; a escravidão apenas deve ser entendida como uma violação a tais direitos, sendo que as leis que permitiram a escravidão são normas violadoras, caracterizando um Estado infrator.

Se todos nascem com direitos, os direitos são naturais e inerentes à raça humana. Daí por que precisa a declaração da ONU no sentido de que os direitos humanos nascem com os homens.

Se é um direito de todos, todos devem estar comprometidos com a sua defesa, independentemente de fronteiras geográficas ou políticas.

Assim, uma violação de um chinês anônimo em aldeia desconhecida, ao chegar ao conhecimento de qualquer pessoa, inclusive no Brasil, deve merecer o imediato repúdio, como se fosse a violação de um igual, uma ameaça a todos os demais.

Só o ser humano é titular de direitos, e todos os direitos são só dos seres humanos. O bem jurídico protegido é do ser humano e abrange a sua consciência, a sua sensibilidade, a sua crença.

Quando um americano queimou o Alcorão, ele não feriu Maomé, ou o próprio livro, ele atingiu os direitos humanos dos maometanos.

Houve um tempo em que a proteção era dirigida às divindades, e, naquele tempo, as pessoas não eram consideradas iguais. Os reis, por exemplo, já nasciam diferentes dos demais, trazendo no "sangue" uma titularidade.

A igualdade não se restringe ao nascimento como um igual. É preciso que se garantam os meios para que todos tenham oportunidade de exercício do direito, ainda que não o exerçam.

A sociedade que se omitiu na responsabilidade com seus membros, em proporcionar-lhes condições de desenvolvimento, não pode posteriormente cobrar proceder dos cidadãos.

Os direitos humanos devem ser entendidos como construção cultural e não precisam de leis e normas para o seu exercício.

5 O Poder Judiciário e a consolidação dos direitos humanos

A importância nesse processo de desenvolvimento e de proteção dos direitos humanos passa pela atuação forte do poder responsável pela aplicação do direito. O destinatário principal das violações é o ser frágil, social e economicamente, consequentemente sem condições de fazer valer os direitos dos quais é titular. Portanto, é insuficiente a declaração ou reconhecimento da violação para que possa ser recomposto o *status quo* anterior à violação. É necessário seja dada eficácia à adesão como instrumento de garantia dos direitos humanos e a publicidade no meio social pelo caráter didático e de credibilidade do conceito dos direitos humanos.

O juiz deve conhecer o direito, mas não basta. Isso é um pressuposto para a função. Ele deve procurar ir

além do direito. Faz mais justiça um juiz sábio do que aquele que conhece mais o direito. A sabedoria transcende o conhecimento de uma disciplina. O sábio restaura a paz social.

A atuação judicial diz respeito ao grau de democracia em que se encontra o país. A professora Marilena Chauí (2006) observa que na democracia o conflito vivifica o regime político, não é um obstáculo, mas a própria constituição do processo democrático.

Assim, com essa conscientização, implementação e eficácia dos direitos humanos, o Poder Judiciário estará cumprindo sua função democrática.

6 As escolas de magistratura sob a ótica dos direitos humanos

A preocupação com a preparação dos juízes para o exercício da judicatura não é nova. Na Europa, tem-se notícia de escolas de magistratura desde 1950.

No Brasil, já existiam cursos de pequena duração após a aprovação em concurso público para a magistratura, mas a Escola Judicial Edésio Fernandes foi a primeira. Criada em 13 de agosto de 1977, é a mais antiga do país (ALVES, 1999).

A importância do pioneirismo traz também a responsabilidade de dotar os magistrados de condições de acompanhar o avanço na construção dos direitos públicos.

O juiz deve estar preparado para essa missão. O ingresso na magistratura deve permitir certa representatividade de todas as camadas da população.

Em Roma antiga, no século VI a.C., os magistrados eram escolhidos somente nas tribos existentes na própria Roma. Com os conflitos sociais, o quadro político romano modificou-se, e passaram a fazer parte dos escolhidos os membros da classe militar e também os plebeus.

No Brasil, o curso jurídico era naturalmente restrito à classe social mais abastada. Com a abertura das universidades e a mobilidade social, encontramos atualmente membros da magistratura de todas as classes sociais.

A par disso, o enfoque da função do juiz nas escolas de magistratura também passa por uma visão horizontal do direito.

Parece-nos que para o exercício da função não basta ser um experto em matéria jurídica, porquanto, com as mobilidades sociais e, por consequência, culturais, tornou-se necessária uma visão humanística do direito.

Nestor Sagüés (1988) afirma que o sistema adotado pelo Judiciário deve visar à igualdade de oportunidades, à seleção por idoneidade, à formação, à independência e ao acesso ao cargo por direito próprio.

Interessa-nos a formação dos magistrados, porquanto as escolas de magistratura têm a difícil tarefa de transição do método técnico-burocrático para o sistema democrático de justiça.

Segundo Boaventura, o Judiciário deve atingir dois aspectos: no campo hegemônico, é a seara dos contratos que abrangem os direitos econômicos, que decorrem dos investimentos e negócios internos e externos, incentivados pelos investimentos dos bancos internacionais. Aqui se reclama um Judiciário eficiente, rápido, permitindo a previsibilidade nos negócios, a proteção dos direitos de propriedade e a segurança nos negócios. No outro campo, designando-o Boaventura como campo contra-hegemônico, é o campo dos cidadãos que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional lhes deram direitos sociais, e essas pessoas veem nos tribunais um lugar de fazer valer os direitos, e, muitas vezes, essa é a única forma de tais pessoas serem incluídas no contrato social.

Para tanto, indica o mestre português, entre outros relevantes caminhos, a "formação continuada dos magistrados".

Mostra-se insuficiente que o juiz frequente tão somente a escola judicial antes do ingresso na função, porque é a partir daí que a formação do próprio juiz se inicia. Por conseguinte, há a necessidade de o magistrado receber de forma permanente a preparação necessária para o exercício da função, de tempos em tempos, não como uma concessão do Judiciário, mas como um direito do juiz e da população.

Portanto, as escolas judiciais têm hoje o mais importante papel da história do Judiciário, pois lhes cabe formar juízes conhecedores do direito de forma horizontalizada, conscientes da necessidade de proteção dos direitos fundamentais, assim entendidos como direitos universais, reconhecidos ou não por cada Estado e críticos da própria função de julgar.

Acreditamos que somente assim pode-se chegar a uma justiça cidadã.

7 Conclusão

Os direitos humanos devem ser entendidos como construção cultural e não precisam de leis e normas para o seu exercício.

O ser humano deve ser visto como único titular de direitos.

O reconhecimento dos direitos humanos pelo Judiciário não implica que o Poder fique manietado.

Cabe às escolas de magistratura a difícil tarefa de elevar e manter o Judiciário como parte do processo democrático do país.

Os direitos humanos não têm fronteiras.

Referências

ALVES, Eliana Calmon. *Escolas da magistratura*.

Biblioteca Digital Jurídica - STJ. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992.

BOAVENTURA, Santos. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANÇADO, Antônio Augusto. *A proteção internacional do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CHAUÍ, Marilena. *Cidadania cultural*: o direito à cultura. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilização e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1977.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. (Org.). *Faces do multiculturalismo*. Santo Ângelo: Ediuri, 2007.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Las escuelas judiciales*. México: Universidade Nacional Autônoma do México, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ZAFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário*. São Paulo: RT, 1995.

...

O agravo retido em audiência

Ângela de Lourdes Rodrigues[*]

Sumário: 1 Introdução. 2 O agravo retido em audiência. 2.1 Origem do agravo. 2.2 Modalidades de agravo. 3 Do agravo no Código de Processo Civil. 3.1 Decisão interlocutória. 3.2 Cabimento do agravo retido. 3.3 Momento de sua interposição. 3.4 Princípio da oralidade. 3.5 Obrigatoriedade da interposição. 3.6 Manifestação do agravado e Ministério Público. 3.7 Agravo retido em todas as audiências. 4 Reapreciação da decisão. 4.1 Juízo de retratação. 4.2 Prazo para o juízo de retratação. 4.3 Juízo de reconsideração. 4.4 Julgamento. 4.5 Reiteração do pedido em razões recursais. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O agravo retido no direito brasileiro é um dos temas de maior interesse e sofreu no decorrer dos anos variadas reformas. Apresenta-se com inúmeros questionamentos, porque o ordenamento jurídico passou a adotá-lo como regra.

No presente estudo, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, procuraremos conhecer a origem do agravo e quais as modalidades existentes em nosso ordenamento jurídico. Privilegia-se a análise do agravo retido na audiência de instrução e julgamento e indaga-se a possibilidade de sua interposição em todas as audiências, priorizando o princípio da oralidade e da celeridade, concedendo ao juiz de primeira instância a oportunidade de reapreciar sua decisão, independentemente da interposição do agravo de instrumento.

Precisam ser averiguadas as controvérsias existentes entre os doutrinadores da viabilidade ou não do agravo retido de forma oral em audiência, do momento oportuno para sua interposição, com a possibilidade de ocorrer a preclusão, bem como da oportunidade de manifestação do agravado sem ferir o princípio constitucional da isonomia.

O juízo de retratação no agravo retido e o juízo de reconsideração serão analisados, bem como a necessidade ou não de reiteração em razões recursais do pedido de reapreciação da decisão proferida quando do juízo de retratação.

O estudo contará com citações dos mais renomados mestres de nosso ordenamento jurídico, que muito contribuíram para realização deste trabalho.

2 Do agravo retido no direito brasileiro

Dentre os vários recursos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, iremos analisar e refletir sobre o agravo retido em audiência.

Alguns doutrinadores pátrios consideram o agravo somente como o recurso residual da apelação.

Merece destaque o entendimento de Pontes de Miranda (1949, p. 207):

> *Agravo* foi o nome do recurso que se diferenciou da apelação, ao se distinguirem, quanto à devolução da cognição (duplo exame), as sentenças definitivas e as interlocutórias, ou ao serem separados os feitos por simples distinção da categoria dos juízes. Seja como for, o instituto funcionou como 'resíduo' das apelações, 'cesta de papéis' da alta justiça, que assim depurava de questões menores o seu mister. A diferenciação segundo a definitividade ou não-definitividade era a mais racional; porém, historicamente, o velho direito longe esteve de permanecer nela.

Inicialmente, torna-se adequado conhecer a origem histórica do agravo, buscando uma melhor compreensão sobre sua inserção e aplicação ao direito positivo brasileiro.

2.1 Origem histórica do agravo

A origem do agravo é encontrada no Direito Romano. Os pronunciamentos judiciais dividiam-se em interlocutórios (atos de expediente do processo, diligências, produção de provas, etc. sem apreciação do mérito da ação) e definitivos (apreciação do mérito com acolhimento ou rejeição da ação interposta). No Direito Romano pós-clássico, ao tempo do Imperador Justiniano (527 a 565 d.C.), admitia-se a interposição de recurso de apelação somente após a sentença definitiva. A apelação e o trânsito em julgado formal da sentença de mérito advêm do Direito Romano, que não conhecia recurso das decisões interlocutórias.

O direito canônico permitia a interposição de apelação contra as decisões interlocutórias, mas no Concílio de Trento (1547-1563) ocorreu a proibição de interposição de recurso dos pronunciamentos interlocutórios harmonizando aquele direito com as leis imperiais.

Entretanto, os romanos perceberam a necessidade de um recurso contra as decisões interlocutórias diante da possibilidade de equívocos praticados pelo julgador que poderiam causar prejuízos futuros irreparáveis. Criou-se, então, a *supplicatio,* por meio da qual se permitia recorrer das decisões interlocutórias. A *supplicatio* não afrontava a decisão judicial proferida, simplesmente implorava à autoridade judicial o abrandamento da pena.

---

[*] Juíza de Direito da Comarca de Belo Horizonte/MG.

Franzé (2007, p. 64), ao tratar da origem do agravo no direito estrangeiro, leciona:

> Em outras palavras, a irrecorribilidade em relação à interlocutória poderia acarretar injustiças.
> Para suprir o anseio da população, foi criada a *supplicatio,* pela qual o recorrente reconhecia a justiça da sentença, contudo postulava pelo abrandamento da pena.
> Nesse sentido, verificamos que a *supplicatio*, criada pelo Direito Romano, é a primeira notícia, na história, sobre recurso voltado para a impugnação das interlocutórias e, por conseqüência, guardando relação com a origem do agravo.

A *supplicatio* teria influenciado o direito português, que criou o recurso conhecido como agravo. No direito português, no ano de 1325/1357, o Rei Afonso IV proibiu a interposição da apelação contra as decisões interlocutórias que não tivessem caráter terminativo ou causassem mal irreparável. O agravo foi introduzido no direito português através da forma escrita, mediante o uso do instrumento (estormento) e da carta testemunhável, ou carta de justiça, no lugar da queixa oral. Era utilizado o critério geográfico para determinar a competência para julgar o agravo de instrumento ou a carta testemunhável. Utilizou-se a palavra agravo no sentido de gravame. O agravo ordinário, utilizado especialmente contra os pronunciamentos dos sobrejuízes, era semelhante à *supplicatio* romana. Os sobrejuízes funcionavam como órgão de segundo grau para o recurso de agravo, conforme a segunda edição das ordenações manuelinas em 1521. O direito português classificou as sentenças em definitivas, interlocutórias mistas e simples e previu os seguintes agravos: o agravo ordinário, o agravo de instrumento, o agravo de petição e o agravo nos autos.

Assis (2007, p. 461-462), ao tratar do agravo no direito português e no direito brasileiro, ensina:

> A evolução peculiar ocorrida no direito português, em matéria de impugnação às interlocutórias, consistiu na opção por uma média, mas providente via: adotou a diretriz romana, concedendo apelação contra as sentenças interlocutórias que têm força de definitivas; quanto às demais resoluções interlocutórias, criou e admitiu o agravo de instrumento, sem suspensão da causa, apresentado por petição para se decidir rapidamente, e, das interlocutórias sobre a ordem do processo, e menos gravosas, permitiu o agravo no processo para evitar preclusão.

O agravo nos autos originou no ordenamento jurídico pátrio o agravo retido admissível contra decisão interlocutória, proferida em primeira instância, evitando que ocorra a preclusão e possibilitando a sua reapreciação em recurso de apelação.

2.2 Modalidades de agravo

No início, o agravo retido foi conhecido como agravo nos autos, previsto em situações expressas. Ocorreu a sua adequação ao ordenamento jurídico no decorrer dos tempos mantendo-o ainda nos autos, mas com o nome de agravo retido.

No ordenamento jurídico pátrio, temos as seguintes modalidades de agravo:

a) o agravo retido interposto contra a decisão interlocutória proferida pelo juiz de primeira instância e reapreciado pelo Tribunal se reiteradas suas razões quando da interposição da apelação;

b) agravo por instrumento interposto diretamente no tribunal, em autos apartados e instruídos com os documentos e peças determinadas no art. 525 do Código de Processo Civil, contra decisão proferida por juiz de primeira instância;

c) agravo por instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil interposto contra a decisão que inadmite recurso extraordinário ou recurso especial;

d) agravo interno interposto contra as decisões monocráticas proferidas pelos relatores nos Tribunais. Esta modalidade de agravo está prevista no Código de Processo Civil e nos regimentos dos Tribunais era conhecida como *agravo regimental*.

Na via estreita deste estudo, debruçaremos sobre o agravo retido, em especial o interposto em audiência.

3. Do agravo no Código de Processo Civil

3.1 Decisão interlocutória

De acordo com o art. 162, § 2º, do Código de Processo Civil *decisão interlocutória é o ato em razão do qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente* (ABREU FILHO, p. 405).

Para melhor compreensão sobre o conceito de decisão interlocutória, faz-se necessário compreender o que é questão e questão incidente.

Questão é o ponto controvertido de fato e de direito, é o ponto da controvérsia a ser decidido pelo juiz. Em que pesem todas as definições existentes, podemos considerar que a questão incidente se refere ao ponto duvidoso do processo que está em andamento e em que essa dúvida causa ou pode causar alteração na marcha processual, necessitando de uma decisão que resolva o incidente, mas não coloque fim ao processo.

Nessa linha de entendimento, merece citação a definição de Fernandes (1991, p. 51):

> A questão incidental é aquela que surge no processo, cai sobre ele, ocasionando alterações no caminho procedimental. Assim, é acessória em relação ao processo e à questão principal. Constitui ela, ademais, um acidente no percurso processual, produzindo mudanças no seu trajeto, exigidos que sejam realizados novos atos, além dos que eram previstos numa tramitação normal.

Ressalte-se que a decisão interlocutória proferida em relação à questão incidente não põe fim ao proces-

so, apenas resolve a controvérsia apresentada e determina o prosseguimento do feito, pois, se assim não ocorrer e a sentença extinguir o processo, o recurso cabível é a apelação.

A decisão interlocutória ocasiona efeitos no decorrer da demanda. Existente nos autos a questão incidental, necessária se faz a sua apreciação para que o feito retorne ao trâmite normal. O inconformismo com a questão incidental só pode ser manifestado através do agravo, seja o retido, por instrumento, ou o interno.

Admite-se no direito pátrio a interposição do agravo retido na forma oral e escrita, dependendo do momento em que a decisão recorrida foi proferida. Percebe-se que o agravo retido passou a ser a regra e o agravo de instrumento a exceção.

Bastos (2008, p. 26), ao comentar o agravo retido como regra geral, afirma:

> Como se vê, o agravo retido passou a ser a regra geral do sistema, sendo admissível o processamento do recurso por instrumento somente nas situações em que a decisão puder 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.

3.2 Cabimento do agravo retido

Na audiência de instrução e julgamento, o juiz decide normalmente questões relativas ao conjunto probatório dos autos. Pode ocorrer que o juiz decida determinada questão em audiência e uma das partes não se conforme com a decisão e interponha agravo retido. É cabível o agravo retido contra a decisão interlocutória proferida em audiência. Ao surgir qualquer dúvida que exija uma decisão judicial, o andamento do feito não pode prosseguir enquanto a questão incidente não for solucionada. Ao ser apreciada e decidida, podem ocorrer duas situações: que as partes interessadas aceitem a decisão proferida ou se insurjam contra o ato decisório. No primeiro caso, aceitando a decisão proferida, enseja a preclusão que impedirá sua discussão posterior. O art. 473 do Estatuto Processual Civil não admite a discussão de questões já decididas e preclusas. Torna-se preclusa a oportunidade de discutir o que já foi apreciado e não houve interposição de recurso ou mesmo interposto o recurso ocorra a sua desistência.

Machado (2007, p. 493) nos ensina:

> Todas as questões de ordem formal que, no curso do processo, vão sendo resolvidas por decisões interlocutórias (*v.g.*, valor da causa, incompetência relativa, necessidade de prova pericial, conexão de causas, etc.) submetem-se ao fenômeno da preclusão, que, no caso, é a perda do direito de impugná-las. Isso se dá em virtude de três fatores: a) porque a parte já impugnou por agravo - art. 522 - e perdeu (preclusão consolativa); b) porque a parte deixou de impugnar no prazo (preclusão temporal - *v.* arts. 183 e 245); c) porque a parte praticou um ato incompatível com a vontade de impugnar. Só não se submetem à preclusão as chamadas objeções processuais previstas pelo art. 301.

Franzé (2007, p. 162) considera que o agravo retido tem como escopo evitar a preclusão:

> mostra-se forçoso concluirmos que o agravo retido tem por escopo: a) impedir a preclusão da decisão impugnada, quando não há necessidade de tutela de urgência; b) atender ao princípio da economia processual.

Alternativamente, se uma ou ambas as partes não concordam com a decisão proferida incidentalmente nos autos, o recurso cabível é o agravo retido.

Franzé (2007) analisa o agravo retido e conclui:

> [...] é uma espécie de agravo, processado obrigatoriamente por meio da forma oral, quando interposto em audiência de instrução e julgamento; b) pela forma escrita, em relação às demais decisões interlocutórias que não admitirem o agravo de instrumento; c) sempre será processado dentro dos próprios autos e somente será conhecido, se o agravante requerer em preliminar das ulteriores razões ou contrarazões de futura apelação; d) é cabível para impugnar as decisões interlocutórias, quando não houver urgência e puder ser reiterado em sede de apelação.

3.3 Momento da interposição

O momento adequado para a interposição do agravo retido em audiência de instrução e julgamento é imediatamente após a decisão interlocutória proferida, e deverá constar do termo de audiência conforme determina o art. 523 do Código de Processo Civil.

Imediatamente significa que o agravo retido deve ser interposto logo após a decisão, de imediato, sob pena de preclusão. O agravante deve apresentar de imediato seu inconformismo com a decisão proferida, sob pena de preclusão, e deve constar no termo onde são registradas as presenças e os principais fatos ocorridos, entre outros.

Ao analisar com rigor a expressão 'imediatamente", podemos concluir que deve ser interposto pela parte que não concorda com a decisão e o magistrado deverá interromper o momento processual que estiver ocorrendo, tomar conhecimento do recurso interposto.

O estatuto processual estabelece que o agravo seja interposto de forma retida, oral e imediatamente, devendo constar do termo de audiência. O que importa é que a parte, inconformada com a decisão proferida, manifeste seu inconformismo imediatamente através do agravo retido.

Bastos (2008, p. 31) ensina:

> O advérbio 'imediatamente' utilizado no texto legal não deixa dúvidas: o inconformismo deve ser apresentado tão-logo seja prolatada a decisão. Não será no final da assentada, mas no seu curso, à medida que o magistrado proferir cada uma das decisões, sob pena de preclusão. O legislador

> olvidou que a audiência é um ato jurídico-processual complexo. Composta por momentos distintos e inúmeros outros atos, ela está sujeita a uma série de intercorrências, que vão da fixação dos pontos controvertidos em que incidirá a prova (art. 451), até o indeferimento da contradita de uma testemunha ou de questões técnicas ligadas ao esclarecimento da prova pericial. Todas essas decisões desafiam o agravo imediato, comprometendo a validade da própria assentada.

A interrupção do ato que se está praticando para interposição do agravo causa certo atropelo na audiência, que tem interrompida sua marcha processual, e não podemos deixar de confessar que não raro as pautas de audiências correm com certo aperto de tempo e atraso em virtude de incidentes e imprevistos ocorridos. Entretanto, deve ser considerado que é de suma importância ocorrer a interrupção, aguardando a reapreciação da decisão sobre o agravo retido, porque este ato processual produz efeitos no andamento do processo e pode interferir na decisão final. Os pequenos atropelos ocasionados no decorrer da audiência em virtude do agravo retido são menores que os danos que podem ser ocasionados se ocorrer o prosseguimento do ato processual, evitando futuramente tumultos processuais e retardo na marcha processual.

Ressalte-se que a interposição do agravo retido, ou seja, o inconformismo do agravante é que deverá ser imediato, sob pena de preclusão. Não é permitido que o agravante deixe para manifestar seu inconformismo com qualquer decisão interlocutória proferida em audiência posterior, ensejando a preclusão.

3.4 Princípio da oralidade

Interessa-nos no presente estudo o agravo interposto de forma oral, em audiência nos próprios autos. Esta modalidade de agravo não era prevista e foi empreendida pela Lei 9.139/95, buscando agilizar o andamento processual.

Consideram alguns doutrinadores que a obrigatoriedade da apresentação do agravo retido em audiência representa a concentração de inúmeros atos que, ao invés de agilizar, poderão ocasionar o retardo do andamento do processo. A audiência de instrução e julgamento tem por finalidade obter os esclarecimentos necessários à prova pericial existente nos autos e colher os depoimentos pessoais e a prova testemunhal considerada indispensável pelas partes. Dependendo da complexidade da questão e das decisões proferidas em audiência, pode ocasionar o inconformismo das partes e dos advogados, com interposição de várias agravos relativos a cada uma das decisões.

Entretanto, ousamos discordar desse entendimento, ao considerar que o princípio da oralidade no agravo se apresenta como um dos princípios norteadores da celeridade, efetividade e economia processual.

Wambier (1991, p. 114) considera:

> Interposto o agravo sob forma oral durante a audiência, ou o juiz a reforma e o agravado com isso se conforma, ou a reforma, e isto vem a ensejar um outro agravo, o do primitivo agravado, agora sucumbente e possível agravante. Ou seja, não há tumulto, nem delongas, nem excessiva e desnecessária perda de tempo e dinheiro pelo fato de se admitir a interposição do agravo sob forma oral de decisão interlocutória proferida no curso de audiência de instrução e julgamento. Pelo contrário. A solução parece ser prática. Logo, a não aceitação desta solução pode significar, sob certo aspecto, não se atender ao princípio da economia processual.

Se houver maior complexidade dos incidentes ocorridos que impossibilite o prosseguimento da audiência ou mesmo que sejam apresentadas as razões do agravante, perceptível o fato por todos aqueles que se encontram presentes, não haveria prejuízo às partes se a mesma fosse redesignada devido à impossibilidade de seu prosseguimento. Ademais, se as partes e os advogados concordam com a remarcação da audiência, de imediato poderá ser agendada uma nova data com intimação de todos os presentes. Ressalte-se que esta redesignação por si só não ocasiona prejuízos irreversíveis às partes que terão solucionados todos os pontos controvertidos apresentados na audiência, possibilitando o prosseguimento normal do feito.

Outra possibilidade existente é a concessão do prazo de dez dias para apresentação das razões do agravante e do agravado, devendo o juiz decidir no mesmo prazo. Ressalte-se que o interesse das partes em conflito é a solução da lide. Se ambos concordam com o adiamento da audiência ou concessão do prazo para manifestação devido à complexidade das questões apresentadas, não existe interesse recursal ou mesmo alegação de prejuízo se os interesses estão resguardados.

3.5 A obrigatoriedade da interposição do agravo

A novidade introduzida pela Lei 11.187/2005, quanto à obrigatoriedade de interposição do agravo na audiência de instrução e julgamento, encontra divergência entre os doutrinadores. Consideram alguns que, ao invés da celeridade processual, ocorrerá o retardamento da marcha processual, porque o advogado terá que interpor o agravo retido imediatamente na audiência de instrução e julgamento, sob pena de preclusão. Dessa feita, em caso de dúvida quanto à interposição ou não do recurso, o advogado optará pela sua interposição.

Machado (2009, p. 664) afirma:

> A obrigatoriedade estabelecida, pelo contrário, não deixará outra saída ao advogado senão interpor o retido sempre em caso de dúvida, para não correr o risco de prejudicar o cliente, aumentando, assim, o número de incidentes da audiência e o truncamento da atividade instrutória. O que se espera é que, apesar da sensação de risco e insegurança, os

advogados tenham bom senso no exercício do direito de recorrer. A novidade não merece aplausos (texto de acordo com a Lei n. 11.187/2005).

É inquestionável a manifestação do inconformismo da parte na audiência, sob pena de preclusão. Entretanto, não há que se falar em interposição obrigatória do recurso que só deverá ser interposto para resguardar direito e interesse das partes. Se, interposto o recurso, ocorrer a reconsideração da decisão, poderá o agravante requerer a desistência. Outrossim, é mais adequado fazer a interposição do que perder o prazo ou a oportunidade de revisão da decisão.

3.6 Manifestação do agravado ou do Ministério Público

Interposto o agravo retido, o agravado tem o prazo de 10 dias para se manifestar. Se houver intervenção ministerial, tal como no agravo de instrumento, o Promotor de Justiça também se manifestará, porque tem interesse recursal.

Em que pese a alguns doutrinadores entenderem desnecessária a oportunidade de manifestação do agravado e do Ministério Público, quando for o caso, priorizando o princípio da economia e celeridade processual, em virtude do tempo concedido a cada um, ousamos discordar de tal entendimento. A oportunidade de manifestação do agravado para contraminutar e do DRMP, se for o caso, deve-se ao princípio do contraditório, isonomia e igualdade de oportunidade entre os envolvidos. Não se pode perder de vista que todos os envolvidos têm interesse no processo, e a preclusão ocorre a cada momento. É mais adequado conceder a oportunidade de manifestação que oportunizar à parte prejudicada a interposição de novo recurso.

Deve-se ainda ponderar que a possibilidade do juízo de retratação poderá alterar consideravelmente o andamento do processo. Interposto o agravo na audiência deverá ser concedida oportunidade ao agravado para manifestação, em observância ao princípio do contraditório.

Ao fixar o prazo para o agravante apresentar as razões de seu inconformismo em audiência, o legislador silenciou quanto ao agravado.

Bastos (2009, p. 32) leciona:

> Ao estabelecer que o agravante deva recorrer de imediato, a nova regra lhe impõe uma franca desvantagem em relação ao agravado. Ferindo o princípio da igualdade, o novo regramento nos parece inconstitucional, na medida em que impõe ao recorrente que elabore suas razões no afogadilho da sessão, de forma oral e sucinta (a lei é expressa neste sentido) ao passo que permite ao recorrido utilizar os dez dias para elaborar sua resposta, por escrito, construindo-a com o cuidado que o ato pode exigir, inclusive com fartas pesquisas e transcrições jurisprudencial e doutrinária, fortalecendo sua argumentação. O legislador deveria ter observado, pelo menos, o princípio da isonomia. Acreditamos que deva prevalecer uma interpretação consentânea com a Constituição, atribuindo para as contra-razões o mesmo prazo estipulado para o recurso, com a sua apresentação imediata.

Partilhamos do mesmo entendimento acima exposto. A concessão de oportunidade ao agravado deverá ocorrer imediatamente após a interposição do agravo retido. Não se concebe o entendimento de que o agravado poderá manifestar posteriormente, ou melhor, no prazo de 10 (dez) dias a contar da audiência. A concessão de um prazo fora da audiência para o agravado se manifestar fere o princípio da isonomia e o tratamento paritário das partes violando a norma constitucional.

Gusmão (2008, p. 223), ao fazer referência a Nelson Nery Júnior, ensina:

> Também a resposta do agravado será manifestada verbalmente na audiência, logo após as razões do agravante, cabendo ao juiz, de imediato e diante dos argumentos das partes, manter sua decisão ou reconsiderá-la. Não terá maior sentido, até ferindo a regra da isonomia, pretender que o agravado possa dispor do prazo de 10 (dez) dias para, por escrito, responder ao agravo retido manifestado em audiência.

3.7 Agravo retido em todas as audiências realizadas

Entendem alguns doutos que, se a audiência não for de instrução e julgamento, o agravo retido não poderá ser interposto na forma oral, que é exclusiva desta audiência.

Franzé (2007, p. 166-167), adotando o mesmo posicionamento, afirma:

> Atualmente, a redação do 3º do art. 523 do CPC (trazida pela Lei 11.187/05) tornou obrigatória a interposição oral do agravo retido, quando a decisão interlocutória for proferida em audiência de instrução e julgamento.
> Entendemos que essa norma não abrange a audiência preliminar (CPC, art. 331), pelas razões, a saber: a) por se tratar de norma restritiva do direito de recorrer, não pode ser interpretada ampliativamente, para também abarcar a audiência preliminar; b) é eloquente o silêncio do legislador, em relação a qualquer outra audiência diferente da que realizar a instrução e julgamento.
> Nesse diapasão, se a decisão interlocutória tiver sido proferida na audiência de conciliação (CPC, art. 331, § 2º) - ou em qualquer outra que não seja de instrução e julgamento - , o agravo retido deverá ser interposto na forma escrita.

Quando se tratar de agravo retido interposto em audiência, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a interposição tão somente nas audiências de instrução e julgamento. Nossos doutos justificam a previsão do legislador exclusivamente para essa audiência porque, via de regra, nessa oportunidade são resolvidas as questões relativas às provas ou, excepcionalmente, outras relativas ao mérito que não poderão aguardar o julgamento final.

Considerando que o estatuto processual não prevê a interposição do agravo oral para as demais audiências, seja audiência de conciliação ou mesmo preliminar do art. 331 do Código de Processo Civil, o recurso cabível é o agravo retido no prazo de dez dias a contar da audiência ou o agravo de instrumento se houver risco de dano ou de difícil reparação.

Carneiro (2008, p. 212) entende:

> Já nas *audiências preliminares,* regidas pelo artigo 331 do CPC, podem ser equacionadas questões outras, relativas ao saneamento processual e portanto da maior relevância para o deslinde das causas, para as quais uma solução breve, mediante o emprego do agravo por instrumento, torna-se aconselhável, mais do que isso apresenta-se necessária.

O mesmo entendimento é adotado por Machado (2009, p. 664), quando considera que a reforma não foi adequada e somente não causou maiores danos porque a obrigatoriedade da interposição oral do agravo retido se limitou à audiência de instrução e julgamento. Veja:

> A alteração introduzida, parece-nos, só não é pior porque o novo dispositivo limita a obrigatoriedade à audiência de instrução (arts. 450 a 457), não atingindo a audiência de conciliação (arts. 125, IV, e 277 e parágrafos), a audiência preliminar (art. 331), qualquer das audiências de justificação (arts. 804, 815, 858, 928, etc.), nem a de produção antecipada de prova oral (art. 847). Facultar à parte a interposição oral do agravo retido é diferente de obrigar a parte a interpor 'oral e imediatamente', de acordo com o texto, o seu recurso, sob pena de preclusão - a preclusão passa a ser a conseqüência inexorável do não-exercício imediato do direito processual de recorrer nesses casos. Trata-se, realmente, de situações muito diferentes, porque a facultatividade leva o advogado a discriminar situações, a interpor o agravo imediatamente em alguns casos de gravidade e importância, deixando outros para uma avaliação mais detida nos dez dias que se seguem, o que pode significar efetiva contribuição ao bom andamento da audiência de instrução.

Admite-se que o posicionamento deve ser tomado com adequação. Entretanto, acredita-se que na audiência preliminar ou de tentativa de conciliação o ideal é também a interposição do agravo retido, possibilitando ao prolator da decisão revê-la naquele momento. Se mantida ou se reformada a decisão, ou se houver o risco de dano de difícil ou incerta reparação, a parte que se sentir prejudicada poderá interpor o agravo de instrumento.

Considera-se que a interposição do agravo retido na própria audiência possibilita o juízo de retratação pelo julgador das decisões interlocutórias proferidas e evita a interposição exacerbada e desnecessária de agravo de instrumento nos tribunais. Em termos de celeridade processual, também é vantajosa a interposição do agravo retido, porque possibilita ao prolator, de imediato, rever sua decisão, diferentemente do agravo de instrumento, que tem que aguardar a interposição e o cumprimento das formalidades legais para a revisão da decisão agravada.

Observa-se que, com a possibilidade de apreciação do agravo retido em audiência, a parte que não se conformou com a decisão tem a oportunidade de retratação da decisão pelo próprio magistrado que a prolatou ou mesmo a reforma desta decisão através do agravo de instrumento, alargando a possibilidade de revisão das decisões judiciais sem maiores delongas.

Sob todos os aspectos em que analisamos a possibilidade do agravo retido, em todas as audiências vislumbramos vantagens, porque se concede ao magistrado de primeiro grau rever de imediato sua decisão, através do juízo de retratação, ou mesmo porque diminui a interposição de imediato do agravo de instrumento no tribunal, já que só poderá ser interposto após a reapreciação da decisão proferida.

4 Juízo de retratação e o pedido de reconsideração

4.1 Juízo de retratação

Após várias divergências doutrinárias quanto à admissibilidade do juízo de retratação no agravo retido, a Lei 9.139/95 espancou qualquer dúvida ao considerar que o juízo de retratação se tornou admissível tanto no agravo de instrumento como no retido.

Denomina-se juízo de retratação a oportunidade concedida ao prolator da decisão agravada de revisão de sua decisão, podendo mantê-la ou reformá-la. Vale notar que esse recurso independe de preparo e dispensa formação de instrumento, uma vez que é interposto nos próprios autos. A marcha processual segue sem maiores delongas ou transtornos, uma vez que a decisão será reapreciada pelo próprio prolator ou por quem o substitua e poderá ensejar o pedido de reapreciação pelo Tribunal nas razões de apelação, se assim for requerido.

Carneiro (2008, p. 226) faz remissão aos ensinamentos de Barbosa Moreira:

> As boas (e importantes) razões invocáveis a favor da retratabilidade, aqui, são de ordem prática. É mais conveniente, e atende ao princípio da economia processual, permitir que o juiz reveja a decisão agravada, em ordem a evitar que, sendo fundada a impugnação, se perca tempo e se gastem dinheiro e energias com atividade inútil. Não há o obstáculo da preclusão porque a interposição do agravo, mesmo retido, tem precisamente o efeito de impedir que ela se consume.

Existe uma controvérsia entre alguns doutrinadores quanto à obrigatoriedade ou não do juízo de retratação.

Carneiro (2008) faz duas citações:

> Parece-me que o juiz, ante os argumentos desenvolvidos pelo agravante, no agravo retido, se entender conveniente deverá abrir oportunidade para a manifestação da parte

> contrária e, em seguida reexaminará a questão anteriormente decidida. Não há propriamente um direito do agravante, no agravo retido, de obter o reexame da decisão atacada (artigo de doutrina *in Tribuna da Magistratura*).
> [...]
> A audiência do agravado é sempre obrigatória, nada importando que o órgão judicial venha depois a reformar ou manter o seu pronunciamento - o que, em qualquer dos dois casos, deve fazer em termos expressos, fundamentadamente (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed., cit. nº 273, p. 502).

Consideramos que o juiz não pode deixar de analisar o recurso interposto, sendo obrigatória sua manifestação, seja para reformar, seja para manter a decisão interlocutória agravada. Se fosse concedida tal faculdade ao magistrado, inviável seria a interposição do agravo retido, que nenhum efeito produziria.

Resta prejudicado o agravo de instrumento quando o juiz reformar integralmente sua decisão, de acordo com o art. 529 do Estatuto Processual Civil.

Por fim, registre-se que, reformada inteira ou parcialmente a decisão pelo magistrado, tem ele o dever de expedir imediatamente ofício ao tribunal, comunicando a retratação, o que provocará uma de duas consequências: a) se a reforma é parcial, o agravo subsiste pela parte não modificada; b) se a reforma é total, o relator considerará prejudicado o recurso, remetendo o instrumento à primeira instância para ser apensado aos autos do processo (MACHADO, 2009, p. 682).

4.2 Prazo para o juízo de retratação

Possibilitando o agravo retido a reapreciação da decisão pelo juiz, esta deve ocorrer na primeira oportunidade em que os autos retornarem conclusos. Adota-se o entendimento de que prevalece a regra geral, que o prazo é de dez dias nos termos do art. 189, inciso II. do Código de Processo Civil.

Entretanto, deve-se ponderar que, interposto o agravo retido na audiência de instrução e julgamento, aguarda-se que a decisão seja proferida na própria audiência. Excepcionalmente, acreditamos que, tratando-se de questão de maior complexidade, que impossibilite ao juiz reapreciá-la no decorrer da audiência, permite-se a interrupção de sua realização, determinando-se que os autos venham conclusos para melhor apreciação, que deverá ocorrer no prazo de 10 dias, impreterivelmente.

Essa interrupção da audiência e conclusão do processo só deverá ocorrer mesmo em casos excepcionais, devendo o magistrado justificar a sua decisão, porque o estatuto processual prevê a reapreciação naquele momento. Não existem precedentes dessa ordem, mas, na prática, podemos constatar que existem situações inusitadas em audiência que podem ocasionar a impossibilidade de uma decisão imediata. Considerando que a decisão interlocutória tem caráter decisório, e não se encontrando o magistrado em condições de reapreciar a questão, é adequada a interrupção da audiência, porque o seu prosseguimento poderá ser inútil e, ao invés de agilizar, poderá retardar o andamento processual.

Essa decisão de interromper o andamento da audiência, devido à complexidade da questão, e a impossibilidade de decisão naquela oportunidade poderão não encontrar resistência das partes e seus procuradores. Entretanto, se uma das partes ou procurador discordar e o magistrado determinar a interrupção do ato para reapreciação posterior da decisão, acredita-se que dessa nova decisão é admissível o agravo retido, e, caso este não surta o efeito desejado pela parte agravante, porque o juiz mantém a decisão anterior, ensejará a interposição do agravo de instrumento, oportunamente.

A interposição do agravo de instrumento, interposto diretamente no Tribunal, após o encerramento da audiência, se justifica, devido à possibilidade de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

4.3 Juízo de reconsideração

Quanto à possibilidade do pedido de reconsideração, que não encontra previsão legal, limita-se apenas a mais uma oportunidade concedida à parte que não se conformou com a decisão de requerer ao magistrado que reaprecie sua decisão. Esse pedido de reconsideração é muito comum na praxe forense. O requerimento apresentado pela parte inconformada com a decisão é feito de forma singela, sem custos, e não suspende nem interrompe o prazo para recurso. Dispensa maiores argumentos para demonstrar o inconformismo da parte, tendo a possibilidade de ser revista a decisão pelo mesmo prolator, o que é muito válido.

Orione (1999, p. 33) afirma:

> [...] trata-se de expediente utilizado para atender à comodidade da parte, pois dispensa prazo, preparo, dedução bem argumentada das razões da inconformidade, e formação de instrumento; todavia, em face da ausência de base legal, o pedido de reconsideração não suspende nem interrompe o prazo para recorrer e, pois, o decêndio do agravo irá contar-se da intimação da decisão interlocutória, e não da decisão que haja indeferido o pedido de reconsideração.

Recorda-se que, antes da reforma do agravo, admitia-se que o agravante requeresse ao magistrado que reconsiderasse sua decisão; caso contrário, que a recebesse como agravo de instrumento. Com a nova sistemática do agravo de instrumento, que só pode ser interposto diretamente no tribunal, é admissível apenas que o receba como agravo retido.

Questão interessante se apresenta quando o pedido de reconsideração ocorre em audiência. Admite-se

que se faça o pedido de reconsideração em audiência; caso contrário, que o receba como agravo retido.

É interessante observar que, no pedido de reconsideração, o juiz reapreciará sua decisão, e o agravo retido possivelmente não modificará o entendimento adotado pelo magistrado. Outrossim, uma vez interposto o agravo retido, o juiz terá que novamente reapreciar, mantendo ou reformando sua decisão, e a parte agravante ainda terá a oportunidade de reiterar suas razões quando da interposição da apelação, e o tribunal terá que apreciá-lo antes do recurso de apelação.

De modo contrário, se requerido o pedido de reconsideração não cumulado com o agravo retido, seria plausível imaginar que ocorreu a preclusão para interposição deste último. A parte que deveria agravar retidamente e requereu a reconsideração invés de fazê-lo perdeu a oportunidade de agravar retidamente, porque requereu a reconsideração.

Consideram alguns doutos que somente teria cabimento a análise do pedido de reconsideração sem o pedido sucessivo de agravo se interposto contra decisão sobre questão de ordem pública.

Nesse sentido se posicionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (2003, p. 899-900):

> O pedido de reconsideração *puro e simples*, sem pedido sucessivo de recebimento como agravo, só tem cabimento quando se tratar de decisão sobre questão de ordem pública, a cujo respeito não se opera a preclusão, que o juiz deve conhecer de ofício.

Ousamos discordar de tal entendimento. Considera-se que não há prejuízo porque o juiz indeferirá o pedido de reconsideração por considerá-lo inadequado, mas terá que apreciar o agravo retido desta decisão em que poderão ser renovadas as mesmas razões do pedido de reconsideração. Outra alternativa não restará ao magistrado senão apreciar o agravo retido, agora interposto contra o pedido de reconsideração e suas razões, podendo ser novamente apreciadas pelo Tribunal quando da interposição da apelação.

4.4 Julgamento

Primeiramente o legislador reservou ao juiz monocrático o recebimento e apreciação do agravo retido em audiência de instrução e julgamento. Interposto o recurso, o magistrado deverá reapreciar a matéria proferindo sua decisão de manutenção ou reforma da decisão.

Questiona-se sobre a possibilidade de não conhecimento do agravo retido sob o entendimento de sua não admissibilidade. Entendemos que o recurso somente não será recebido quando se tratar de mero despacho, sem qualquer caráter decisório. Nesse caso o ato judicial não produz nenhum gravame às partes, não possui nenhum conteúdo decisório, sendo, portanto, irrecorrível.

Indeferindo o juiz o recebimento do agravo retido, por considerá-lo inadmissível, cabível se torna o recurso, por se tratar de decisão interlocutória. Entretanto, impugnada por novo agravo a decisão de inadmissibilidade do recurso, não poderá o magistrado indeferi-lo novamente, sob pena de cerceamento de defesa.

A admissibilidade do agravo retido na audiência de instrução e julgamento é feita pelo juiz que a preside, e sua interposição não depende de preparo.

Interposto o agravo retido em audiência e analisado pelo juiz que a preside, restará ao agravante submeter novamente a matéria à apreciação do tribunal quando do julgamento da apelação.

Questão interessante se apresenta quando a apelação não é conhecida por ser intempestiva. Se o agravo retido foi reiterado quanto à apelação, é dela dependente para subir ao tribunal; se a mesma for intempestiva, o agravo não será apreciado, porque o estatuto processual determina que deverá ser conhecido preliminarmente.

Entretanto, quando se trata de apelação interposta por uma das partes e recurso de ofício, independentemente da tempestividade ou não da apelação voluntária, o Tribunal deve ser conhecer do agravo retido reiterado.

Nesse sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

[...] Não faz sentido discutir-se a tempestividade da apelação manifestada pelo Estado, contra a decisão de primeiro grau. É que tal decisão será necessariamente apreciada pelo Tribunal *ad quem*. O agravo retido deve ser apreciado pelo tribunal, na assentada em que fizer a revisão *ex officio* (CPC, art. 475). O art. 523 do CPC deve ser interpretado de modo a não tornar inútil o art. 522.[1]

Existem várias controvérsias quando se trata de agravo retido reiterado nas razões recursais e no recurso de ofício. Entendem alguns mestres que, sendo a matéria de ordem pública, deve ser analisada quando houver reexame necessário.

Partilhamos de entendimento diverso, entendendo que o agravo retido só poderá ser apreciado pelo Tribunal se reiterado nas razões de recurso. Esta é a condição de sua admissibilidade no juízo *ad quem*. A matéria de ordem pública será conhecida pelo tribunal por si mesma e não em razão do agravo retido. O que se conclui é que o agravo retido é um recurso dependente da apelação e só será apreciado se reiteradas suas

[1] Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp 100.715, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, *DJU* de 14.04.97, p. 12.690.

razões quando da interposição daquela. Caso contrário, inadmissível ao tribunal apreciá-lo se não foram reiteradas suas razões ou se, mesmo reiteradas, a apelação não foi conhecida.

Não é necessário que o agravante repita em fase de apelação todas as razões apresentadas ao agravo retido, sendo suficiente que sejam apenas reiteradas. Caberá ao tribunal apreciar o agravo retido e a apelação.

4.5 Reiteração do agravo retido

A Lei 11.187/2005 determinou expressamente que, uma vez interposto o agravo retido, para ser reexaminado em recurso de apelação, necessária se faz sua reiteração quando das razões recursais.

Cabe exclusivamente ao agravante reiterar, na apelação ou nas contra-razões, seu inconformismo e a reapreciação da decisão proferida no agravo retido. Se o agravante não reiterar seu inconformismo com a decisão nas razões recursais, considera-se desistência tácita do agravo retido, que não será apreciado.

Se ausente o requerimento explícito, o tribunal não conhecerá do agravo retido. O mesmo ocorre se não houver apelação da sentença proferida ou se o recurso não for recebido e desta decisão não for interposto recurso. O conhecimento da apelação antecede o conhecimento do agravo retido e é condição primordial para o seu julgamento.

Exceção ocorre quando se tratar de sentença proferida em reexame necessário.

Se a parte agravante silenciar quando da interposição da apelação, o tribunal não conhecerá preliminarmente do agravo retido, salvo se a matéria a ser tratada é de ordem pública, ou se abrange a decisão agravada, e, finalmente, se for reexame necessário.

Quando se trata de matéria de ordem pública ou as razões estiverem contidas nas razões recursais da apelação, é óbvio que dela conhecerá necessariamente o tribunal; no primeiro caso, de ofício, e, no segundo, ao analisar as razões da apelação, consequentemente estará analisando as razões do agravo retido que ali estão abrangidas.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no seguinte sentido: *Impõe-se o exame da preliminar quando a matéria foi objeto de exame na sentença e fundamento da apelação*[2].

Quando se trata de agravo retido, com sentença favorável ao agravante e contrária ao órgão público, e a apelação ocorrer somente em reexame necessário, a questão se apresenta com um pouco mais de cautela. Se a decisão que ensejou o agravo retido for desfavorável ao ente público e a parte não interpuser apelação, não será conhecido o agravo retido quando da apelação em reexame necessário, o tribunal poderá reformar a decisão de 1º grau, e o agravante fica com a possibilidade de sucumbir.

Carneiro (2008, p. 217) considera:

> Dois pesos, assim, e duas medidas, com a possibilidade de grave prejuízo à parte contrária à Fazenda, parte esta que verá seus agravos tidos por inexistentes, muito embora o reexame necessário equivalha, em seus efeitos e eficácia, a uma apelação integral em favor da Fazenda, abrangente de toda a área em que a mesma haja sucumbido. Mesmo se admitíssemos a preclusão das decisões interlocutórias desfavoráveis à Fazenda, continuaria presente a possibilidade do dano à parte contrária.
> [...]
> A parte contrária à Fazenda tem, pois, o mais legítimo interesse em que seus agravos sejam conhecidos, como conhecidos sempre foram os agravos do apelado (sistema do Código de 1939), e porque o reexame necessário é, afinal, em sua natureza, a mesma apelação *ex officio* do art. 822, parágrafo único, do Código pretérito, permissiva do conhecimento do antigo agravo no auto do processo, mantido hodiernamente sob o rótulo de agravo retido.

Adota-se entendimento semelhante, tendo que vista que o reexame necessário possibilita que a decisão seja favorável ao ente público. Não se admite que a parte que interpôs o agravo retido, que não teve interesse recursal porque a sentença lhe foi favorável, não tenha conhecido o agravo retido que se encontra nos autos e tenha que suportar a reforma da decisão que lhe era favorável. Da mesma maneira que o ente público não interpôs recurso e teve de ofício a reapreciação da decisão, necessário se faz que o agravo retido constante nos autos seja preliminarmente analisado, ainda que não tenha a parte interesse na apelação.

Conclusão

Buscamos no presente estudo a análise do agravo retido como regra geral no nosso ordenamento jurídico como a primeira e mais importante modificação ocorrida em relação ao agravo.

Desde sua origem, o agravo só é interposto das decisões interlocutórias. Das modalidades de agravo retido e de instrumento, priorizou-se o estudo do agravo retido em audiência de instrução e julgamento e a viabilidade de sua interposição em todas as audiências.

A inovação do agravo teve como objetivo agilizar a prestação jurisdicional e evitar o número excessivo de recursos nos tribunais, possibilitando ao juiz de primeiro grau rever sua decisão.

Verificamos que, apesar da possibilidade de algum retardo no andamento das audiências, consideramos

---

[2] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 29.154, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 17.11.1992, *DJU* de 01.02.93, p. 466.

ideal a interposição de agravo retido não só nas audiências de instrução e julgamento, bem como em todas as audiências, seja de tentativa de conciliação, justificação ou mesmo do art. 331 do Código de Processo Civil. A oportunidade de se agravar retidamente em audiência oportuniza ao agravado também se manifestar naquele momento, em virtude do princípio da oralidade e da isonomia. Ao juiz cabe reapreciar sua decisão, fundamentando-a, seja para mantê-la, seja para reformá-la.

Ponderamos sobre a possibilidade de surgirem questões complexas que inviabilizem a manifestação em audiência, admitindo-se a possibilidade de conceder às partes oportunidade para manifestação em 10 dias, e ao magistrado para reapreciação sua decisão, no mesmo prazo.

Não vislumbramos inconvenientes nesse procedimento e verificamos que agiliza o andamento processual e resolve as questões incidentes com presteza e agilidade na marcha processual, reservando aos tribunais tão somente a apreciação do agravo de instrumento, se for o caso, ou a reapreciação da decisão agravada, se reiteradas nas razões recursais.

O que podemos concluir do presente estudo é que, ao admitir a interposição do agravo retido em todas as audiências, estaremos ampliando a oportunidade de o juiz de primeiro grau rever sua decisão, de forma ágil e célere, evitando a interposição excessiva e algumas vezes desnecessária do agravo de instrumento.

Referências bibliográficas

ABREU FILHO, Nylson Paim de. *Código de Processo Civil*. 9. ed. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Uma leitura crítica do novo regime do agravo no direito processual civil brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 35, n. 109, março de 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Incidente processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Agravo frente aos pronunciamentos de primeiro grau no processo civil*. 5. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*. 6. ed. São Paulo: Manole, 2007.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*. 8. ed. São Paulo: Manole, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ORIONE NETO, Luiz. *Liminares no processo civil*. São Paulo: Lejus, 1999.

WAMBIER, Teresa Alvim. *Agravo de instrumento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 114.

...

Transação penal: cabimento nos delitos de ação penal privada

Tiago Antonio de Barros Santos[*]

Sumário: 1 Introdução. 2 Transação Penal. 2.1 A inovação dos Juizados Especiais. 2.2 Definições. 2.3 Características. 2.4 Poder discricionário ou direito subjetivo? 2.5 Direito comparado. 2.6 Cabimento. 2.7 Procedimento. 2.8 A proposta. 2.9 A homologação. 2.10 Efeitos. 3 Ação Penal Privada. 3.1 Fundamentos. 3.2 Substituição processual. 3.3 Princípios. 3.4 Formas. 3.5 O papel do Ministério Público. 4 Transação Penal e Ação Penal Privada. 4.1 Incompatibilidade. 4.2 Cabimento. 4.3 Legitimidade. 4.3.1 O ofendido. 4.3.2 O Ministério Público. 4.3.3 Transação penal ex officio. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1 Introdução

Desde o início do século XX eram buscadas alterações no sistema processual penal, à procura de instrumentos que garantissem a efetividade do processo e sua instrumentalidade, visando à desburocratização da Justiça, já que o enorme número de delitos de ínfima expressão resultava em diminuição de tempo para investigação e julgamento das infrações de maior gravidade, implicando tardia resposta do Judiciário.

Paralelamente, um movimento de transformação do Direito Penal se difundia no cenário mundial, em virtude da falência do sistema penitenciário. Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas, durante seu 9° Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento Delinquente (abril e maio de 1995), recomendou a utilização da pena detentiva somente em último caso, para crimes graves e condenados de intensa periculosidade, tendo em vista a certeza de que uma "punição generalizada" somente intensificaria o drama carcerário, sem reduzir a criminalidade (JESUS, 1997, p. 7).

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, inciso I, determinou a criação dos Juizados Especiais, para julgamento das infrações de menor potencial ofensivo. Assim, o Projeto n° 1.480/89, do Deputado Ibrahim Abi-Ackel (que reunia os projetos de Nelson Jobim, na esfera cível, e de Michel Temer, na esfera penal), foi votado e aprovado, sendo sancionada, em 26 de setembro de 1995, a Lei n° 9.099, efetivamente implantando os Juizados Especiais (GRINOVER *et al.*, 2005, p. 39-40).

2 Transação Penal

2.1 A inovação dos Juizados Especiais

A lei que instituiu os Juizados inovou, apresentando um novo modelo de Justiça Criminal consensual, em oposição ao tradicional Princípio da Verdade Real. Preservou o sistema acusatório, mas não os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública (PAZZAGLINI FILHO *et al.*, 1999, p. 19).

Teve também seu caráter de despenalização (e não de descriminalização, como muitos erroneamente apontam). Para Jardim (2005, p. 336), "já que o Direito Penal não teve a ousadia de descriminalizar, o Direito Processual Penal, por vias indiretas, para essas infrações de pequena monta, através de determinados institutos, visa à despenalização". Isso significa, acima de tudo, que o Poder Público reformou a clássica política criminal fundada na crença de que se resolveria o problema da criminalidade com aplicação de penas severas (GRINOVER *et al.*, 2005, p. 48).

Contudo, ressalte-se que os inovadores princípios trazidos pela Lei n° 9099/95 (a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade, além da busca constante da conciliação e da transação) não excluíram os princípios gerais do processo penal, como o do estado de inocência, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural e do devido processo legal, dentre outros.

A competência dos Juizados Especiais Criminais foi fixada observando-se dois critérios: a natureza da infração penal (de menor potencial ofensivo) e a inexistência de circunstância especial que remeta a causa para o Juízo Comum, como, por exemplo, o foro privilegiado por prerrogativa de função, a impossibilidade de citação pessoal do acusado e a complexidade da causa. São consideradas infrações de menor potencial ofensivo (art. 61) todas as contravenções penais, os crimes em que a lei comine pena máxima igual ou inferior a dois anos de reclusão ou detenção, bem como os crimes em que a lei comine exclusivamente pena de multa, qualquer que seja o procedimento previsto.

Crimes de competência da Justiça Militar, por sua natureza especial, não se submetem à disciplina da Lei n° 9.099/95 (CAPEZ, 2006, p. 598). O mesmo ocorre com os delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher, tendo em vista vedação expressa trazida pelo art. 41 da Lei n° 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). O art. 291, § 1°, do Código de Trânsito Brasileiro também vedou a aplicação dos institutos da Lei n° 9.099/95 em algumas situações específicas.

[*] Bacharel em Direito pela Universidade de Taubaté - SP. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Salesiana de Lorena - SP. Oficial Judiciário lotado na Secretaria Judicial da Única Vara da Comarca de Paraisópolis - MG.

2.2 Definições

Do latim *transactio,* de *transigere,* transação significa, em seu sentido comum, negócio, pacto, convenção ou ajuste. Para Silva (2005, p. 1.421), "sempre de caráter amigável, fundada que é em acordo ou em ajuste, tem a função precípua de evitar a contestação ou o litígio".

O art. 76 da Lei n° 9.099/95 é autoexplicável quanto à transação penal. Consiste na aplicação, desde que não seja o caso de arquivamento e, ainda, sem que haja denúncia e instauração do processo, de pena restritiva de direitos ou multas ao autor do fato, para uma resolução rápida do litígio penal. O Ministério Público poderá, desde que presentes os requisitos legais, oferecer proposta de transação penal ao autor do fato e, feita a transação - com a aplicação imediata de pena alternativa - restará afastada a pretensão punitiva do Estado.

Pazzaglini Filho *et al.* (1999, p. 49) entendem que a transação penal constitui um "novo instrumento de política criminal", do qual dispõe o Ministério Público para uma resolução rápida do litígio penal. De acordo com Jesus (1997, p. 75), "cuida-se de um instituto que permite ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e para a defesa, encerrando o procedimento".

Para Dotti (2004, p. 433), "é medida alternativa que visa impedir a imposição de pena privativa de liberdade, mas não deixa de constituir sanção penal". Segundo Sobrane (2001, p. 84), a transação penal é um ato jurídico, mediante o qual o Ministério Público e o autor do fato, atendidos os requisitos legais e na presença do magistrado, "acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento de uma pena consensualmente ajustada".

2.3 Características

São características da transação penal:

I) ser personalíssima, pois se trata de ato exclusivo do autor dos fatos. Ninguém, nem mesmo com procuração e poderes específicos, poderá celebrar a transação em seu nome;

II) ser voluntária, já que a decisão do autor do fato em transacionar deve ser produto inequívoco de sua escolha, isenta de qualquer constrangimento ou ameaça por eventual não aceitação;

III) ser ato formal, não obstante o princípio da informalidade, pois deve sempre ser celebrada em audiência presidida pelo juiz, na presença do promotor de justiça.

Não há, portanto, em hipótese alguma, transação extraprocessual. E mais: é nula a transação penal celebrada sem a presença de advogado, pois é fundamental que o autor do fato, juridicamente leigo, seja devidamente orientado, a fim de celebrar conscientemente a transação penal (BITENCOURT, 2003, p. 125-126).

2.4 Poder discricionário ou direito subjetivo?

A doutrina entende que a transação penal é uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, haja vista que o Ministério Público, presentes os requisitos determinados, poderá oferecer ao autor a proposta de transação, dispondo, assim, da propositura da ação penal (JARDIM, 2005, p. 337).

Nesse sentido é o magistério de Moraes (2004, p. 1.374):

> a transação adotada pela lei brasileira é instituto decorrente do princípio da discricionariedade regrada da propositura da ação penal, que confere ao seu titular, o Ministério Público, a faculdade de dispor da ação penal, isto é, não promovê-la, sob certas condições.

Dessa forma, embora com denominações variadas, majoritariamente a doutrina entende que a transação penal é faculdade do Ministério Público. Para Demercian e Maluly (2005, p. 388), trata-se de "obrigatoriedade mitigada" ou "oportunidade regulada". Já para Grinover *et al.* (2005, p. 48) e Capez (2006, p. 610), trata-se de "discricionariedade regrada". Pazzaglini Filho *et al.* (1999, p. 49) dizem tratar-se de "discricionariedade regulada".

Todavia, Oliveira (2006, p. 587-588) tem entendimento diverso, corroborado por Tourinho Filho (2006, p. 191). Para eles, não é o caso de discricionariedade regulada ou regrada, e sim de direito subjetivo do autor do fato. A discricionariedade reservada pela lei ao Ministério Público seria unicamente quanto à pena a ser proposta na transação, uma vez que, satisfeitas as exigências legais, o autor do fato teria direito público subjetivo em relação à transação, não podendo ficar à mercê da boa ou má vontade do *Parquet*.

2.5 Direito comparado

Há diversos institutos em outros países que se assemelham à transação penal, como na Inglaterra, Holanda, Áustria e Itália, todos pautados na busca de soluções rápidas e antecipadas para os litígios decorrentes da prática de pequenas infrações penais. Sem dúvida, a transação penal tem suas origens no direito estrangeiro, mas há diferenças cruciais, que merecem análise.

O *plea bargaining*[1] é o instituto que mais guarda semelhança com a transação. Com origens no direito

[1] Em uma tradução livre, "negociação quanto à pena".

anglo-saxônico, é utilizado no ordenamento jurídico norte-americano, representando a chamada justiça pactuada, contratada ou negociada.

Consiste em uma negociação entre o Ministério Público e a defesa, destinada a obter uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave, ou até mesmo por um número mais reduzido de crimes (FIGUEIRA JÚNIOR; LOPES, 1995, p. 341). Podem a defesa e o Ministério Público transacionar amplamente sobre a conduta, os fatos, a adequação típica e a pena. E, além disso, o *plea bargaining* é aplicável a qualquer delito e pode ocorrer até mesmo fora da audiência (JESUS, 1997, p. 75). Há vantagens claras, mas também graves riscos, pois inexistem o contraditório e a ampla defesa, a menos que se parta para a instrução processual, que é a exceção nesse modelo.

Ressalte-se que a tônica desse instituto, bem como de todos os outros, é o reconhecimento da culpa em sentido amplo por parte do agente, o que não ocorre na transação penal (DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 386).

2.6 Cabimento

A transação penal será cabível desde que atendidos os pressupostos legais. Não deve estar presente nenhum dos impedimentos previstos na própria Lei nº 9.099/95, que podem ser objetivos ou subjetivos. A comprovação de tais impedimentos constitui ônus do Ministério Público, pois exigir que o autor do fato produza uma prova contra si mesmo é algo que vai de encontro a uma previsão constitucional. Dessa forma, "não demonstrada pelo Ministério Público a presença de alguma das causas impeditivas [...], impõe-se a formulação da proposta" (GOMES, 2003, p. 91).

O primeiro impedimento objetivo é a condenação anterior pela prática de crime à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva. Para Demercian e Maluly (2005, p. 382), o termo "sentença definitiva" não exige o trânsito em julgado, podendo tratar-se de decisão pendente de recurso, conforme o art. 593, inciso I, do CPP. Já Grinover *et al.* (2005, p. 161) defendem que deve ser exigida uma sentença passada em julgado, sob pena de se infringir o disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

O segundo impedimento objetivo é a ocorrência de anterior transação penal dentro do lapso temporal de cinco anos. O prazo de cinco anos será contado da data em que for extinta a pena restritiva de direitos ou multa anteriormente aplicada, e não da data da sentença que a fixar ou de seu trânsito em julgado (FIGUEIRA JÚNIOR; LOPES, 1995, p. 348).

Já nos impedimentos subjetivos reside a discricionariedade do Ministério Público (GRINOVER *et al*, 2005, p. 162). São impedimentos subjetivos:

I) os antecedentes, como seus precedentes judiciais e os processos em andamento;

II) a conduta social;

III) a personalidade do autor do fato;

IV) os motivos do delito, que constituem o caráter psicológico da ação;

V) as circunstâncias da infração praticada.

Assim, haverá impedimento subjetivo sempre que alguma dessas circunstâncias indicar que não é necessária ou suficiente a adoção da medida.

Para Figueira Júnior e Lopes (1995, p. 348), esses impedimentos têm sua "inspiração" nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Já Grinover *et al.* (2005, p. 162-163) entendem que eles encontram simetria no art. 77, inciso II, do Código Penal, que traz os requisitos para a concessão da suspensão condicional da pena.

De qualquer forma, os impedimentos subjetivos deverão ser examinados de modo cuidadoso em cada caso concreto, de modo que só se chegue à conclusão de que é inviável a proposta de transação penal quando for extremamente indispensável outra solução, tendo em vista que nem mesmo a existência de processo penal instaurado contra o autor dos fatos foi prevista expressamente como causa impeditiva da transação (OLIVEIRA, 2006, p. 596).

2.7 Procedimento

A formulação da proposta de transação penal se dá na audiência preliminar. Tratando-se de ação pública condicionada, logo após a tentativa frustrada de composição dos danos civis entre as partes, pois "a audiência preliminar divide-se em duas partes bem distintas, embora o texto legal não o diga com clareza desejada" (BITENCOURT, 2003, p. 133). Já na ação penal pública incondicionada, a transação penal independe da conciliação civil. Quanto à ação penal privada, há divergências sobre o cabimento da transação penal.

A proposta de transação penal também poderá ocorrer no dia da audiência de instrução e julgamento. A ideia trazida pela lei não é de que haverá uma segunda proposta do Ministério Público, pois esta só será feita se não tiver sido antes. Todavia, a doutrina mais garantista entende que é permitido ao Ministério Público, caso entenda conveniente, renovar a proposta de transação penal antes do início da audiência de instrução (GRINOVER *et al.*, 2005, p. 187).

2.8 A proposta

A proposta de transação penal não poderá ser genérica ou imprecisa, a fim de dar ao autuado e seu defensor pleno conhecimento das suas consequências práticas. Poderá referir-se ao fato narrado no termo de ocorrência, mas sem qualquer tipificação legal, tendo

em vista que a aplicação da sanção não implica reconhecimento da culpabilidade (GRINOVER *et al.,* 2005, p. 158).

O promotor de justiça escolherá a sanção a ser transacionada, tendo discricionariedade para fixá-la. Todavia, tal escolha não poderá ser aleatória, havendo certos parâmetros a serem rigorosamente observados. Segundo Jesus (1997, p. 80), há duas fases:

> 1ª) o Promotor de Justiça, em face das circunstâncias do fato e da condição da pessoa de seu autor, elege a pena alternativa: uma das penas restritivas de direitos (arts. 43 e segs. do CP) ou multa; 2ª) propõe a quantidade de pena alternativa. Tratando-se de pena restritiva de direitos, enuncia a sua quantidade dentro do mínimo e máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito. [...] Propondo pena de multa, deve obedecer aos limites do art. 49, *caput*, do CP.

Assim, a aplicação de pena restritiva de direitos deve obedecer à expressa previsão legal, sendo reprovável e ilegal a aplicação de pena não prevista em lei. Essa afronta ao princípio da legalidade, sempre observada na prática, é uma das maiores preocupações de diversos juristas, inclusive Nucci (2008, p. 761), que traz curiosos exemplos:

> Temos conhecimento de acordos fixados em Juizados Especiais Criminais, cuja pena do autor do fato seria a reforma do prédio do fórum; outros previam a doação de bebedouro para o fórum e até de aparelhos de ar condicionado para a sala dos juízes e promotores.

Bittencourt (2003, p. 48-49) tem a mesma preocupação, em especial no que diz respeito à já difundida "doação de cestas básicas":

> O entusiasmo com que se tem divulgado a aplicação aqui e acolá da indigitada cesta básica como pena alternativa tem cegado um grande segmento de aplicadores do direito que, provavelmente, não se deram conta da ilegalidade de tal modalidade de pena.

Ressalte-se, por fim, que a proposta do Ministério Público, ainda que informalmente, deve ser submetida à discussão com a parte interessada, para que se chegue a um consenso, satisfazendo ambos. Para Grinover *et al.* (2005, p. 158), "a proposta é um mero projeto que o Ministério Público pode trazer pronto para a audiência de conciliação, mas que será debatido e eventualmente modificado". E, conforme bem lembra Bittencourt (2003, p. 135), "se trata de transação, e não de imposição, como pode parecer para alguns".

O autor dos fatos só poderá aceitar a proposta de transação penal se estiver devidamente assistido por um advogado ou defensor público, sendo indispensável a defesa técnica (FIGUEIRA JÚNIOR; LOPES, 1995, p. 348). Segundo Nucci (2008, p. 760), "não se pode obrigar o autor do fato a aceitar a proposta, ainda que pareça ao juiz mais favorável a ele do que a propositura da ação penal". Para Jesus (1997, p. 82), deve ser respeitada a vontade do acusado, pois "a aceitação da proposta encontra-se no campo da estratégia da defesa".

2.9 A homologação

A proposta, devidamente aceita pelo acusado e seu defensor, é então submetida ao controle jurisdicional. Portanto, cabe ao juiz, ao homologar o acordo, apreciar a sua legalidade. A recusa do magistrado em homologar a proposta deve estar, portanto, unicamente restrita ao caso de estar presente algum dos impedimentos legais (DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 382).

Para Jesus (1997, p. 82),

> O juiz é o mediador da transação, cumprindo-lhe conduzi-la (art. 73 desta Lei). Por isso, na homologação, acordadas as partes na transação, não pode ampliar ou reduzir os seus limites (preferindo a pena alternativa à multa, agravando ou reduzindo a pena).

Para uma corrente, o juiz não estaria vinculado à proposta oferecida pelo Ministério Público, ainda que aceita pelo autuado e seu defensor, tendo poderes legais para alterá-la, se entender necessário. Para Figueira Júnior e Lopes (1995, p. 350), "não existe vinculação do Juiz à proposta formulada e aceita, não cumprindo papel de chancelador de acordos celebrados em arrepio à lei".

Já em se tratando de pena de multa, o juiz poderá, fazendo uso do poder discricionário que aqui a lei expressamente lhe confere, reduzi-la até a metade.

O recurso cabível contra a sentença que homologa a transação penal é a apelação. Já diante da recusa do juiz em homologar a transação, a lei é omissa, quanto ao recurso cabível, de modo que a doutrina diverge. Para Oliveira (2006, p. 597), seria cabível recurso em sentido estrito. Já para Capez (2006, p. 612), caberia apelação.

Quanto à natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal, uma primeira corrente entende tratar-se de sentença condenatória, havendo, inclusive, alguns julgados do STJ nesse sentido[2]. Para Capez (2006, p. 612), "a natureza jurídica da sentença homologatória é condenatória, fazendo coisa julgada formal e material". Esse também é o entendimento de Demercian e Maluly (2005, p. 385) e Mirabete (2002, p. 152). Todavia, para este último, seria uma "sentença condenatória imprópria". Esse termo, embora já adotado pelo próprio STJ[3], é criticado por Bittencourt (2003,

---

[2] Nesse sentido: *HC* 14560/SP, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 24.05.2001.
[3] Nesse sentido: REsp 172.981/SP, STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 22.06.1999.

p. 11-12), que o avalia como um "absurdo jurídico". Para ele, "condenação imprópria ou impropriamente condenado é algo parecido com meio culpado, meio inocente, mais ou menos imputável etc."

Já Parizatto (2002, p. 206), acompanhando alguns julgados esparsos[4], entende que a sentença seria simplesmente declaratória, tal como a sentença proferida nos casos de perdão judicial.

Grinover *et al.* (2005, p. 167) entendem que "a sentença não é absolutória ou condenatória. Trata-se simplesmente de uma sentença homologatória da transação". Bitencourt (2002, p. 582) explica que é da tradição do Direito brasileiro, sempre que as partes transigem, pondo fim à relação processual, a decisão judicial que legitima jurisdicionalmente essa convergência de vontades ter caráter homologatório, jamais condenatório[5].

Por fim, curioso é o entendimento de Paiva (1999, p. 49). Para ele, a transação penal possui "natureza de negócio jurídico civil, firmado entre o Ministério Público e o autor do fato". Assim, a sentença somente homologaria o acordo firmado entre as partes, formando o título executivo judicial da obrigação assumida pelo autor do fato, com a consequente exclusão do processo-crime e a declaração da extinção da punibilidade, pela decadência do direito de propor a ação penal.

2.10 Efeitos

A sentença que homologa a transação penal tem os seguintes efeitos:

I) não gera reincidência;

II) não gera efeitos civis e, portanto, não pode servir de título executivo no juízo cível;

III) não gera maus antecedentes, visto que não constará sequer da certidão de antecedentes criminais;

IV) esgota o poder jurisdicional do magistrado, não podendo mais este decidir sobre o mérito, a não ser em embargos declaratórios, oponíveis em cinco dias;

V) os efeitos retroagem à data do fato;

VI) na hipótese de concurso de agentes, a transação efetuada com um dos coautores ou partícipes não se estende nem se comunica aos demais (CAPEZ, 2006, p. 613).

Conforme disposição legal expressa, a transação não acarreta efeitos civis ou administrativos. Assim, "a vítima e os demais interessados deverão propor ação de conhecimento no juízo cível para obter a reparação dos danos e outros efeitos civis" (MIRABETE, 2002, p. 164). O efeito principal da sentença, que é a imposição da pena, continua presente, estando afastados apenas os seus efeitos secundários (PAZZAGLINI FILHO *et al.*,1999, p. 60).

Quanto à previsão legal de registro da transação penal, serve apenas para impedir que o autor do fato se beneficie novamente da transação penal durante os cinco anos seguintes, já que não deve constar em nenhuma certidão de antecedentes criminais expedida.

3 Ação Penal Privada

A legislação pátria optou por não adotar o monopólio da ação penal pelo Ministério Público, trazendo previsão expressa de que a ação penal pode se iniciar também por iniciativa privada. Entretanto, na verdade, a ação penal é sempre pública, qualidade que não advém da circunstância de ser penal, mas sim porque toda ação é um direito público subjetivo em face do Estado-juiz. O direito de ação, seja na justiça criminal, seja na esfera civil, é sempre um direito público subjetivo de caráter instrumental.

Dessa forma, a distinção traçada pela lei tem por base apenas a legitimidade para agir, pois, quando o titular da ação é o Ministério Público, ela será pública; quando for o ofendido ou seu representante legal, será ação penal privada (FREDERICO MARQUES, 2000, p. 391-392). O Código Penal, aliás, após a sua reforma na parte geral, fala em ação penal de iniciativa privada, "modificação induvidosamente para melhor" (NORONHA, 1997, p. 40).

Assim, a ação penal de iniciativa privada é aquela na qual o Estado, titular do *jus puniendi*, transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima ou ao seu representante legal. Portanto, o titular da pretensão punitiva continua sendo o Estado, sendo transferida apenas a legitimidade ativa (CAPEZ, 2006, p. 133-134), ou seja, o direito de acusar - *jus accusationis*.

A ação penal, nesses casos, será iniciada pela queixa-crime, a qual equivale à denúncia, pois deve conter os mesmos requisitos. Só se diferencia, formalmente, pelo subscritor, pois é oferecida pelo particular ofendido, por intermédio de advogado com poderes expressos (MIRABETE, 2006, p. 106). Ressalte-se, também, que a queixa-crime não se confunde com a popular queixa à autoridade policial, que nada mais é do que a *notitia criminis*, ou seja, a comunicação da existência de um delito (NORONHA, 1997, p. 44).

Sempre que o Código Penal silenciar quanto à ação, ela será pública. Quando for o caso de ação penal privada, haverá menção expressa, como, por exemplo, a expressão "somente se procede mediante queixa".

---

[4] Nesse sentido: *HC* 317.624-1, TACRIMSP, 2ª Câmara, Rel. Juiz Erix Ferreira, j. em 19.02.98.

[5] Nesse sentido: *RJTACRIM*, 45/229.

Há quem critique a possibilidade legal de iniciar-se uma ação penal unicamente por iniciativa privada, sob o fundamento de que conferir tal prerrogativa ao particular poderia acabar por favorecer somente interesses pessoais ou apenas satisfação por vingança. Marques (2000, p. 393) discorda, ao argumento de que "vingança privada existiria se o credor cobrasse a dívida à mão armada, ou se o querelante trancafiasse, ele próprio, sujeito ativo do crime em cárcere ou prisão, sem invocar a tutela do Estado".

3.1 Fundamentos

O principal objetivo da ação penal privada é evitar que o escândalo do processo (*streptus judicii*) provoque ao ofendido um mal ainda maior do que o já causado pelo criminoso ou do que sua eventual impunidade, decorrente da não propositura da ação penal (CAPEZ, 2006, p. 134). Ademais, a prática mostra que nos delitos de ação penal privada é quase sempre imprescindível, para a prova, a colaboração do ofendido, de modo que, se ele não quiser auxiliar o Ministério Público, o processo já nascerá fadado ao fracasso (NORONHA, 1997, p. 40).

Para Bruno (1982, p. 235-236),

> admite-se a ação privada em relação a certos crimes que afetam bens jurídicos cuja proteção atende mais ao interesse privado do que ao interesse público, ou de crimes cuja punição, através da ação pública, com a consequente divulgação e repercussão social, poderia causar ao ofendido ou à sua família dano maior do que a impunidade.

Conclui-se, portanto, que o interesse público em que se funda o direito de punir do Estado não pode, em determinados casos, sufocar os interesses de caráter privado que a norma penal também tutela. A predominância absoluta do direito público, estatal, nem sempre estará a favor do efetivo bem comum, e por isso, em certas situações, é admitida a ação penal privada (FREDERICO MARQUES, 2000, p. 394).

3.2 Substituição processual

Nos crimes de ação penal de iniciativa privada, ocorre uma substituição processual. É transferido ao ofendido apenas o direito de agir e acusar, para que este, por intermédio de procurador com poderes especiais para tal, promova a instauração da ação penal, de modo que o Estado continua sendo o titular absoluto do direito de punir. Assim, o ofendido, ao intentar a queixa-crime, não invoca em juízo nenhum direito material seu, mas somente o *jus puniendi* do Estado (FREDERICO MARQUES, 2000, p. 393).

O direito de queixa se transmite aos seus sucessores, no caso da morte ou ausência do ofendido. E, sendo este incapaz e sem representante legal, ser-lhe-á nomeado curador especial para o oferecimento da queixa-crime.

3.3 Princípios

Regem a ação penal de iniciativa privada os seguintes princípios:

I) *princípio da oportunidade*, uma vez que cabe ao particular, titular do direito de agir, propor ou não, segundo sua conveniência, a ação penal;

II) *princípio da disponibilidade:* o ofendido, dessa forma, pode dispor da ação penal, expressa (pela renúncia ao direito de queixa) ou tacitamente (como, por exemplo, pelo decurso do prazo decadencial);

III) *princípio da indivisibilidade:* o ofendido não pode, ao ajuizar a queixa-crime, deixar de nela incluir todos os coautores ou partícipes do fato, como que em um "litisconsórcio passivo necessário";

IV) *princípio da intranscendência:* comum a qualquer ação penal, consiste no fato de ser a ação penal limitada à(s) pessoa(s) responsável(veis) pela infração, não atingindo familiares ou terceiros estranhos ao delito (MIRABETE, 2006, p. 108-109).

3.4 Formas

São duas as formas de ação penal de iniciativa privada previstas em lei: a exclusiva (que só pode ser proposta por seu ofendido ou representante legal, também chamada de autenticamente privada) e a subsidiária da pública (na qual, escoado o prazo para o Ministério Público oferecer a denúncia sem que este o tenha feito, a ação penal poderá ser instaurada mediante queixa-crime do ofendido). Hungria (*apud* FREDERICO MARQUES, 2000, p. 394) entende que a primeira forma de ação penal privada observa unicamente razões de política criminal, ao passo que a segunda é uma forma de corrigir a eventual desídia do Ministério Público.

A ação penal privada é personalíssima quando o direito ao oferecimento de queixa é intransferível, cabendo única e exclusivamente ao ofendido. Atualmente, no ordenamento jurídico pátrio, apenas é cabível a ação penal privada personalíssima para o delito de "induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento", conforme o art. 236 do Código Penal.

Há uma corrente minoritária na doutrina que defende a existência da "ação penal adesiva", quando a vítima atua como assistente da acusação. O entendimento majoritário, porém, é de que o assistente se transforma em mero interveniente no processo penal (NUCCI, 2006, p. 141).

3.5 O papel do Ministério Público

O Ministério Público não fica inerte na ação penal

privada. Inclusive, detém poderes para aditar a queixa-crime e deve intervir em todos os atos do processo.

Todavia, o Ministério Público tem poderes limitados. Pode requerer diligências ou até mesmo recorrer das decisões proferidas, mas não tem o direito de substituir o querelante se este abandonar a ação. A função do Ministério Público é essencialmente de vigilância, enquanto perdura a vontade do querelante em ver o prosseguimento da ação penal (NORONHA, 1997, p. 46). Para Mirabete (2006, p. 110), "pronunciando-se o Ministério Público pelo recebimento da queixa, ou na hipótese de aditá-la, passa ele, pela qualidade de titular do direito material (*jus puniendi*), a figurar no processo como assistente litisconsorcial".

Majoritariamente se entende que a intervenção do Ministério Público na ação penal exclusivamente privada, ainda que no papel de *custos legis*, é sempre obrigatória, sob pena de nulidade, muito embora não haja previsão expressa nesse sentido. Esse é o entendimento de Nucci (2006, p. 172), ao argumento de que a pretensão punitiva é sempre monopólio do Estado, devendo o Ministério Público zelar pelo correto desenvolvimento da ação penal.

4 Transação Penal e Ação Penal Privada

O art. 76 da Lei n° 9.099/95 é omisso quanto ao cabimento da transação penal em delitos de ação penal privada, limitando-se a dispor que esta será cabível se houver representação ou em se tratando de delito de ação penal pública incondicionada. Seria tal omissão proposital, havendo incompatibilidade entre a ação penal privada e o instituto da transação penal? Ou apenas uma falha do legislador, a ser sanada pelos operadores do direito?

4.1 Incompatibilidade

Fazendo uso do método de interpretação literal ou gramatical da lei, técnica, na qual o operador do direito "preocupa-se, simplesmente, em saber o real e efetivo significado das palavras" (GRECO, 2005, p. 39), parte da doutrina se posiciona no sentido de que nos delitos de ação penal privada a transação penal é incabível. De acordo com esse entendimento, a redação do art. 76 teria excluído propositadamente os delitos de ação privada. É esse o entendimento de Jesus (1997, p. 78), que é taxativo ao afirmar que na ação penal privada a transação penal é "incabível".

Negrão (2001, p. 33) também é adepto da interpretação literal do art. 76:

> em uma interpretação literal do art. 76, *caput*, da Lei nº 9.099/95, verifica-se que não é possível a transação penal nos crimes de ação penal privada. De fato, no aludido preceito, o legislador utilizou as expressões: 'havendo representação' (crime de ação pública condicionada); 'ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada'; 'o Ministério Público poderá'. Assim, tudo leva a crer ser impossível a transação penal.

Sobrane (2001, p. 94) diz que "a clareza do texto legal é tanta que fica inviabilizado qualquer exercício interpretativo com fito de atribuir ao querelante - ou mesmo ao Ministério Público [...] - a formulação de proposta de transação".

Contudo, há críticas ao método de interpretação literal. Para alguns, é restrito em demasia, carregado de um excessivo e reprovável positivismo jurídico, além de ineficiente, se utilizado sem qualquer outro auxílio. Diniz (2007, p. 161) adverte que esse método "nem sempre é idôneo de per si para desvendar o conteúdo legal".

Mirabete (2002, p. 98), por sua vez, entende ser incabível a transação porque o ofendido somente é titular *do jus persequendi in judicio*, que é apenas o "dar início à persecução penal". Assim, não seria possível que ele transacionasse acerca da aplicação de uma pena ao autor dos fatos, pois o titular do *jus puniendi* continuaria sendo o Estado[6].

Bitencourt (2003, p. 603) também nega veementemente a utilização de qualquer dos institutos despenalizadores da Lei n° 9.099/95 aos delitos de ação penal exclusivamente privada, não só pela ausência de previsão legal, como também pela inconstitucionalidade por ele vislumbrada naquilo que seria uma oposição de limites à continuidade da ação penal privada. Em suma, se o ofendido acionou o Judiciário e recusou a conciliação, não seria correto interferir na sua vontade.

Demercian e Maluly (2005, p. 393) têm posicionamento semelhante, entendendo que a transação é instituto exclusivo da ação penal pública, restando ao ofendido na ação penal privada a possibilidade de acordo e conciliação. Pazzaglini Filho *et al.* (1999, p. 50) consideram, inclusive, a ação privada como um impedimento objetivo para a celebração da transação penal.

Grinover *et al.* (2005, p. 150), embora sustentem o cabimento da transação nos delitos de ação penal privada, esclarecem que o legislador optou por restringir a tentativa da transação penal aos delitos de ação penal pública com base em uma visão mais tradicionalista da vítima, tendo em vista que a disponibilidade do ato não se coaduna com os poderes que lhe são conferidos com a mera substituição processual.

---

[6] Nesse sentido: Ap. 062768, TJSP, Rel. Juiz Mesquita de Paula, j. em 08.08.96.

4.2 Cabimento

Em posição oposta às acima abordadas, a jurisprudência majoritária vem atualmente admitindo a transação penal nos delitos de ação penal privada. Até mesmo o Fórum Nacional dos Juizados Especiais - Fonaje - já se manifestou nesse sentido[7]. A doutrina se ocupa em justificar, academicamente, o cabimento.

Segundo corrente dominante na doutrina, o fundamento adequado é a analogia *in bonam partem*. Assim, diante de uma lacuna legal, caberia a aplicação analógica do art. 76 da Lei n° 9.099/95 aos delitos de ação penal privada, pois haveria um benefício ao autor dos fatos.

O entendimento de Jesus (2006, p. 4) sobre a analogia no processo penal é extremamente elucidativo:

> A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante. O legislador, por meio da lei *A*, regulou o fato *B*. O julgador precisa decidir o fato *C*. Procura e não encontra no direito positivo uma lei adequada a este fato. Percebe, porém, que há pontos de semelhança entre o fato *B* (regulado) e o fato *C* (não regulado). Então, por analogia, aplica ao fato *C* a lei *A*.

De acordo com Mirabete (2003, p. 85), para que haja uma correta aplicação analógica de um determinado dispositivo da lei processual penal, é necessário que haja, além da semelhança entre os casos, "igualdade de valor jurídico e igualdade de razão entre ambos - *ubi idem ratio, ubi idem ius*".

Grinover *et al.* (2005, p. 150) comungam do mesmo entendimento, de que "é possível ao Juiz aplicar por analogia o disposto na primeira parte do art. 76, para que também incida nos casos de queixa [...]". Ressalte-se que o STJ já se posicionou, por diversas vezes, nesse sentido[8].

Na mesma linha de posicionamento, também Nucci (2008, p. 759) julga correta a aplicação analógica do art. 76 da Lei n° 9.099/95 aos delitos de ação penal privada:

> Crimes de ação penal privada - não vemos nenhum sentido em terem eles sido excluídos do contexto da transação. [...] Por isso, concordamos plenamente com a postura sugerida por Grinover, Magalhães, Scarance e Gomes, no sentido de ser admitida a transação, por analogia *in bonam partem* (é favorável ao autor do fato), também na órbita da ação penal privada.

Por fim, ressalte-se que a transação penal, em que pese tratar-se de aplicação de pena, acaba por se configurar, na prática, como um benefício ao autor dos fatos, razão pela qual não haveria óbice à aplicação analógica do referido benefício aos delitos de ação penal privada.

É invocado também, como fundamento para essa corrente, o princípio constitucional da igualdade. Sobre esse princípio perante a lei, leciona Moraes (2004, p. 181):

> A desigualdade na lei produz-se quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. [...] O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Assim, ao conceder o benefício da transação penal somente aos autores de delitos de ação penal pública, teria o legislador ferido o princípio da igualdade. Para Tourinho Filho (2008, p. 109), "não tem sentido vedar-se-lhe esse direito. Do contrário, haveria uma discriminação odiosa, e, além do mais, ferir-se-ia o princípio da isonomia. Se na ação pública o autor do fato faz jus ao benefício, por que não em se tratando de ação privada"?

A concessão dessa benesse ao autor de delitos de ação penal privada seria uma forma de restabelecer o tratamento igualitário, que se faz sempre necessário. Há, inclusive, diversas decisões com base neste posicionamento[9].

4.3 Legitimidade

Partindo do pressuposto de que o instituto da transação penal é compatível com os delitos de ação penal exclusivamente privada, surge outro questionamento: Quem seria legitimado para oferecer a proposta ao autor dos fatos? O ofendido ou o Ministério Público? Ou talvez, subsidiariamente, o próprio magistrado?

Para Grinover *et al.* (2005, p. 150), "não importa de quem é a iniciativa da proposta, o que interessa é que seja discutida entre os protagonistas da audiência de conciliação, sob a orientação do juiz". Ainda assim, é necessário que se estabeleça um consenso sobre o tema, pois diversos posicionamentos contrários vão surgindo a cada dia. Por exemplo, o Ministério Público do Espírito Santo sumulou o seguinte entendimento interno: "Em sendo possível transação penal em crime de ação penal privada, o Ministério Público não possui legitimidade para o oferecimento da proposta, cabendo tal iniciativa à vítima, através de seu advogado"[10]. Já a Corregedoria

---

[7] Enunciado 90 - Na ação penal de iniciativa privada, cabem a transação penal e a suspensão condicional do processo (Aprovado no XXI Encontro - Vitória/ES).
[8] Nesse sentido: *HC* n° 31.527/SP, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. em 1°.03.2005.
[9] Nesse sentido: Ap. 20020150088790, TJDF, 1ª Turma Criminal, Rel. Des. Sérgio Rocha, j. em 22.05.2002.
[10] Súmulas de Entendimento da 3ª Reunião Periódica do Grupo de Estudo Criminal do Ministério Público do Estado do Espírito Santo (Súmula n° 04, aprovada por unanimidade em 31.08.2007). Disponível em <https://www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos/14_213711435212122007_S%C3%BAmulas%20de%20entendimento%20-%203%C2%AA%20Reuni%C3%A3o%20Criminal.doc>. Acesso em: 31 dez. 2010.

do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, expediu recomendação em sentido contrário: "Na ação penal privada, [mesmo após] oferecida a queixa-crime, o Ministério Público pode oferecer transação penal"[11].

4.3.1 O ofendido

Grande parte da doutrina se alinha no sentido de que, diante da adoção de uma postura atual com relação à vítima no processo penal, teria ela a faculdade de transacionar nos casos de ação privada, uma vez que, se o Ministério Público é titular nas ações públicas e nelas pode oferecer transação, nas ações privadas, em que o ofendido é o titular, substituto processual, seria ele o detentor do direito de propor a transação.

Haveria, dessa forma, um vínculo no que diz respeito à legitimidade para propor ação e para propor a transação. Assim, como somente do ofendido é a legitimidade ativa à ação - ainda que a título de substituição processual -, somente a ele caberia transacionar, restando ao Ministério Público, nesses casos, a possibilidade de opinar (PEDROSA, 1997, p. 73).

Para Garcia (1996, p. 168-169), "não seria lógico que o ofendido tivesse apenas a opção de promover a queixa ou renunciar ao direito de promovê-la. A proposta de pena não privativa de liberdade é uma alternativa intermediária entre as duas opções".

Lima e Souza (2004) também defendem a legitimidade exclusiva do ofendido para a proposta de transação penal, principalmente porque esta, segundo eles, não seria um direito subjetivo do autor dos fatos. Assim, ficaria a critério exclusivo do ofendido propor ou não a transação penal, sendo que, "ao se recusar a formulá-las, inviabilizará a transação e a suspensão".

Também não podemos olvidar ao seguinte detalhe: não raro, a satisfação da vítima pode se dar já com uma imediata aplicação de pena não restritiva de direitos ou multa ao autor dos fatos (GRINOVER, 2005, p. 150). Portanto, se a visão moderna no direito penal é preocupar-se com a vítima, seria sensato outorgar-lhe legitimidade para a oferta da transação penal ao ofendido, caso queira[12]. Caberia ao Ministério Público apenas seu papel de fiscal da lei.

Segundo Tourinho Filho (2008, p. 196), da mesma forma que o ofendido tem direito a iniciar uma ação de pretensão condenatória, também poderia transacionar com o autor dos fatos, pois "quem pode o mais pode o menos".

Nesse sentido, os ensinamentos de Carvalho e Prado (2002, p. 251-252):

> Como se sabe, na legitimação extraordinária, o substituto não tem poderes para transacionar com os direitos do substituído. [...] Ocorre que é princípio geral de interpretação que quem pode o mais, pode o menos. Ou seja, quem pode deduzir em juízo uma pretensão condenatória pode também transacionar a pretensão, reduzindo o seu alcance, ainda mais consensualmente. Além disso, e mais importante, o querelante pode até perdoar e ocasionar a extinção da punibilidade, conforme autorizam os artigos 51 do Código de Processo Penal e 105 do Código Penal. Desse modo, a autorização para que o querelante transacione a pretensão punitiva está assentada nos sistemas processual penal e penal, que devem ser aplicados à Lei nº 9.099/95, à falta de dispositivo específico.

Todavia, há quem critique a ideia de vinculação da titularidade da proposta de transação penal com a titularidade de propositura da ação penal. Campos Borges (2002) classifica tal argumento como "fácil, pseudocientífico, antifilosófico e fetichista". Para ele, esse posicionamento atenta contra o objetivo maior da lei, que é "impedir que o processo vá além, quando cabível a transação penal", quando coloca ao bel-prazer do ofendido a possibilidade de celebrar ou não uma transação penal.

Assim, novo impasse surge no caso de o ofendido, se admitido como titular da proposta, se recusar a transacionar: Poderia o Ministério Público intervir como fiscal da lei e propor ele mesmo a transação penal? Ou estaria prejudicada a aplicação da transação penal, iniciando-se o processo com o oferecimento da queixa-crime?

Para Campos Borges (2002), com a recusa injustificada do ofendido, é caso de intervenção do Ministério Público. Segundo seus ensinamentos,

> é justificável que, para atender aos objetivos da Lei 9.099/95, deva formular proposta de transação penal em se tratando de ação penal privada, sempre que o querelante, por mero capricho ou omissão, deixar de fazê-lo ou tornar, sem motivação legal, inviável a possibilidade de realização da proposta.

4.3.2 O Ministério Público

O Ministério Público também poderia, em tese, ser o titular originário da proposta de transação penal mesmo nos delitos de ação penal privada, e esse é o posicionamento defendido por uma pequena corrente doutrinária.

Tal posicionamento se apega à possibilidade de a vítima buscar a justiça como simples forma de vingança, sem respeito aos direitos fundamentais do autor do fato. Para evitar isso, o *Parquet,* como defensor do interesse

---

[11] Aviso TJ/RJ nº 43, de 04.09.2006. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGM=WEBBCLE66&LAB=-BIBxWEB&AMB=INTER&TRIPA=198^2006^43&PAL=&JUR=ESTADUAL&ANOX=2006&TIPO=&ATO=43&START=>. Acesso em: 31 dez. 2010.

[12] Nesse sentido: *HC* 2004/0023860-2, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 21.10.2004.

social, teria a legitimação necessária para propor a transação mesmo nos delitos de ação penal privada, devendo, portanto, ser seu titular, mesmo que na sua função constitucional de fiscal do cumprimento das leis. Assim, é dever do Ministério Público garantir o respeito aos direitos estabelecidos na Carta Magna, dentre eles está a dignidade da pessoa humana.

Magalhães Pinto (2002) também se posiciona nesse sentido, acreditando que "o *Parquet* é a própria sociedade em juízo, e somente essa instituição teria a legitimação necessária para iniciativa de tamanha importância".

Há decisões reconhecendo o Ministério Público como legitimado ativo para o oferecimento da proposta[13]. Todavia, quase sempre com a ressalva de que seria imprescindível a concordância do ofendido, titular da ação penal, para a celebração do referido acordo[14].

No entanto, certo é que, quase que invariavelmente, o ofendido irá se recusar a anuir com o acordo entre promotor e autor dos fatos, com o único objetivo de prejudicar este último. Assim, essa necessidade de concordância do ofendido acabaria por configurar, na prática, "óbice permanente" à aplicação da transação penal nos delitos de ação penal privada.

Ressalve-se, por fim, que, na hipótese de oferecimento da transação por parte do Ministério Público, com eventual aceitação do autor dos fatos e homologação pelo juiz, ficaria garantido ao querelante o direito de promover a ação cível competente em face do autor dos fatos, para a reparação de eventuais danos sofridos.

4.3.3 Transação penal *ex officio*

Sendo encarada por muitos como um direito subjetivo do réu, havendo recusa do querelante, do Ministério Público, ou até mesmo de ambos em oferecer a transação penal ao autor do fato, alguns juristas opinam pela faculdade do juiz em fazê-lo de ofício, homologando-a em seguida.

Grinover *et al.* (2005, p. 154) entendem ser isso incompatível com o ordenamento jurídico pátrio, pois, para eles, implicaria "instauração de processo penal *ex officio*", o que hoje é constitucionalmente vedado. Para Pazzaglini Filho *et al.* (1999, p. 56-58), "esta sentença homologatória deverá ser havida como inexistente, [...] uma vez que a 'transação' foi realizada sem a concordância de uma das partes, sem acordo".

Jardim (2005, p. 339) entende que a transação penal *ex officio* fere flagrantemente o sistema acusatório e o princípio da inércia da jurisdição ao excluir o Ministério Público da transação. Segundo ele, "o processo passaria a ter apenas dois sujeitos: o Ministério Público não proporia a transação e o juiz o faria, ficando uma relação processual linear, o que subverteria o sistema acusatório, o princípio da demanda".

Ressalte-se que o Fonaje substituiu seu Enunciado n° 49, o qual prescrevia que "Na ação de iniciativa privada, cabe a transação penal e a suspensão condicional do processo, por iniciativa do querelante ou do Juiz"[15]. Vigora atualmente o Enunciado n° 90, o qual simplesmente atesta o cabimento da transação penal na ação penal privada, não mencionando sequer eventual legitimidade do juiz.

Já Tourinho Filho (2008, p. 107) admite a atuação do juiz. Para ele, em diversas outras situações no processo penal, o juiz age de forma cautelar, sem provocação das partes, de forma que o mesmo poderia ocorrer na transação penal. Segundo ele:

> Quando o juiz decreta a prisão preventiva sem provocação de ninguém, não estará ele exercendo o direto de ação penal cautelar? Sua decisão não será uma resposta jurisdicional dada a si próprio? Quando ele concede *habeas corpus* de ofício, não estará, também, dando uma resposta jurisdicional a ele mesmo? Quem provocou esta atividade jurisdicional?

Não obstante esse sensato entendimento, a solução quase unânime sugerida pela doutrina é a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, com a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça. O Supremo Tribunal Federal já sumulou entendimento acerca desse procedimento em caso de o Ministério Público recusar o oferecimento de suspensão condicional do processo, se atendidos os requisitos legais (Súmula n° 696). Parte da doutrina entende que, nos casos de transação penal, o procedimento a ser adotado, analogicamente, é o mesmo. Tourinho Filho (2008, p. 108), novamente, discorda desse posicionamento. Para ele, o art. 28 do CPP "sequer guarda perfeita analogia com a matéria em análise".

Mesmo considerando aceitável a aplicação analógica do referido artigo, o problema persiste caso admitamos que seja o ofendido o legitimado para o oferecimento da proposta. Não parece haver cabimento, nessa hipótese, de aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal. E é justamente aí que reside a possibilidade de a transação penal ser oferecida pelo próprio juiz. Sobre tal questão, Tourinho Filho (2008,

---

[13] Nesse sentido: Ap. Crim. 2001.03.1.0157110, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do TJDF, Rel. Juiz Alfeu Machado, j. em 13.04.2005.

[14] Nesse sentido: Ap. Crim. 2003.050.01015, TJRJ, 7ª Câmara, Rel. Des. Eduardo Mayr, j. em 12.08.2003.

[15] Enunciado n° 49, aprovado no XVIII Encontro dos Coordenadores dos Juizados (Fonaje), realizado em Goiânia, em novembro de 2005 (substituído pelo Enunciado n° 90, durante o XXI encontro).

p. 107-111) entende que seria cabível a transação penal *ex officio*, de modo a evitar um prejuízo para o autor dos fatos decorrente de mero capricho do ofendido. Segundo ele,

> [...] uma vez que o instituto da transação surgiu, única e precisamente, para benefício daqueles que cometem infrações mirins, não faz sentido, a nosso ver, repetimos, estarem presentes todos os requisitos exigidos por lei para ser aplicada a pena alternativa, e o Juiz nada poder fazer ante a recusa, injustificada, do titular da ação penal, permanecendo ali na sala das audiências como um convidado de pedra. [...] E se, presentes todos os requisitos exigidos por lei para que se proceda à transação, o ofendido, injustificadamente, recusar-se a fazê-lo? *Quid inde*? Deverá o Juiz cruzar os braços e se limitar a dizer ao autor do fato ser impossível o reconhecimento daquele seu direito subjetivo ante a recusa do ofendido? Como poderá aplicar a regra do art. 28 do CPP se a titularidade da ação, nessa hipótese, não é do Ministério Público? [...] Por todas essas razões estamos com a corrente minoritária, que possibilita ao Juiz, ante a recusa infundada em formular a proposta, fazê-la.

Assim, poderia ser admitida a proposta de transação penal pelo juiz, diante da omissão ou recusa do ofendido e do Ministério Público, de modo a não prejudicar o autor do fato por discussões sobre questões meramente processuais[16]. Aos insatisfeitos, seja o Ministério Público, seja o querelante, caberia, simplesmente, o recurso de apelação, no prazo de 10 dias.

5 Considerações Finais

Em que pese a respeitável opinião daqueles que se posicionam em sentido contrário, parece-nos realmente incontestável, diante de todo o exposto, que é cabível a transação penal nos delitos de ação penal de iniciativa privada.

Quanto à legitimidade ativa, trata-se de questão de ordem estritamente técnica. Nos delitos de ação penal privada, o que ocorre é uma substituição processual. Assim, somente o ofendido poderia abrir mão do direito de oferecer uma queixa-crime, transacionando. Incabível, em um primeiro momento, intervenção ministerial.

Todavia, supondo que já foi superada - e fracassada - a fase da composição dos danos civis, a verdade é que, na prática, a vítima, quase que invariavelmente, não oferecerá proposta alguma ao autor do fato. É também provável que o autor do fato nem sequer aceite a proposta, caso formulada, por entender que está sendo "punido pela própria vítima".

Mas, se este fizer jus ao benefício, e caso a vítima se recuse a oferecê-lo, parece-nos ser dever do membro do *Parquet* intervir e formular a proposta. Afinal, como fiscal da lei e, ainda, na qualidade de quem pode intervir em todos os atos da ação penal privada, não pode simplesmente quedar-se inerte diante de tal situação.

Contudo, ressalte-se que o Ministério Público tem autonomia suficiente para recusar-se a intervir no feito, caso entenda que na ação penal privada a transação penal é incabível. E, diante de tal impasse, não nos parece nem um pouco razoável a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, uma vez que se trata de ação penal privada.

Assim, diante da recusa ministerial em intervir, se for permitido ao ofendido oferecer a queixa-crime nesse momento, estará sendo desrespeitado o princípio da igualdade, bem como os demais princípios norteadores dos Juizados Especiais Criminais. Isso porque o feito irá se alongar sem nenhum resultado prático. Ainda que incabível ou recusada a suspensão condicional do processo, caso haja condenação, a pena não ultrapassará dois anos de prisão. Com a substituição prevista no Código Penal, o autor dos fatos cumprirá unicamente uma pena restritiva de direitos. Ou seja, a mesma pena que implicaria a transação penal, se oferecida, aceita e homologada. Sem dúvida, prolongamento desnecessário do feito e ofensa aos princípios da simplicidade e da celeridade, norteadores do Juizado Especial.

Assim, em defesa dos princípios gerais do processo penal e dos Juizados Especiais Criminais, e também com base em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, parece-nos acertado e justo que o próprio juiz intervenha e formule a proposta. O impasse estará resolvido, da forma mais justa possível. E mais, não teremos sequer ainda início de uma ação penal, de modo que não há que se falar em ação penal *ex officio*.

Apenas é uma maneira - por via transversa, é verdade - de se corrigir pela equidade uma imperfeição legislativa, estendendo o benefício da transação penal aos autores dos delitos de ação penal privada. Obviamente, aos insatisfeitos, seja o ofendido, o Ministério Público ou até mesmo ambos, restaria o recurso de apelação. Todavia, incerto dizer se haveria para eles, diante dessa situação, algum interesse recursal.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais Federais*: Análise comparativa das Leis nos 9.099/95 e 10.259/2001. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. São Paulo: Forense, tomo 3, 1982.

[16] Nesse sentido: Ap. 1.333.479/7, TACRIMSP, 3ª Câmara, j. em 19.11.2002.

CAMPOS BORGES, José Ademir. *Tem o MP legitimidade para propor transação penal em ação penal privada?* Associação Paulista do Ministério Público. São Paulo, 2002. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2002/10-29_joseademircamposborges.doc>. Acesso em: 31 dez. 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais comentada e anotada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GARCIA, Ismar Estulano. *Juizados Especiais Criminais*. Goiânia: AB - Editora, 1996.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal:* Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais:* comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1997.

LIMA, André Estefam Araújo; SOUZA, Luiz Antonio de. *Lei n. 9.099/95 e ação penal privada*. Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2004. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/-comunicao_noticia/andreal.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2010.

MAGALHÃES PINTO, Oriana Piske de Azevedo. *A transação penal e a ação penal privada*. Associação dos Magistrados Brasileiros. Distrito Federal, 2002. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/-docs/artigos/A%20transação%20penal.doc>. Acesso em: 31 dez. 2010.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium, v. 1, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizado Especial Criminal*: Comentário, jurisprudência, legislação. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

NEGRÃO, Perseu Gentil. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PAIVA, Mario Antonio Lobato de. *A Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PARIZATTO, João Roberto. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*: Justiça Federal. Ouro Fino: Edipa, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz

Fernando. *Juizado Especial Criminal:* aspectos práticos da Lei 9.099-95. São Paulo: Atlas, 1999.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Juizado Criminal, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

...

Ementa jurisprudencial: constituição e particularidades

Reginaldo de Carvalho Machado[*]

Sumário: 1 Introdução. 2 Características e requisitos da ementa jurisprudencial. 3 Partes da ementa jurisprudencial. 3.1 Verbetação (Cabeçalho). 3.2 Dispositivo. 4 Referências bibliográficas.

1 Introdução

Oriunda do latim, a palavra "ementa" significa anotações, apontamentos. Hoje, é empregada em programas de ensino e projetos, na área legislativa e no âmbito jurisprudencial, sendo este último o objeto do nosso estudo.

É mister apontar a relevância da elaboração da ementa jurisprudencial, uma vez que é ela que primeiro chega às mãos dos usuários, podendo prejudicá-los caso não tenha sido bem redigida tecnicamente.

Sabe-se que o julgado passa a ter força de lei; sendo assim, nada mais razoável que a ementa seja redigida dentro das orientações da técnica legislativa, elaborada com um maior rigor formal, visto que é a linguagem que realiza o direito, conforme afirma Hildebrando Campestrini. Além disso, é fundamental um constante exercício de concisão e síntese. Quanto maior a extensão da ementa, maior o risco de equívocos na sua redação.

2 Características e requisitos da ementa jurisprudencial

As ementas precisam apresentar clareza, precisão e atender à ordem lógica, qual seja: do maior para o menor, do gênero para a espécie. As palavras usadas devem ser aquelas do sentido comum, e as frases, curtas e concisas. Vícios de linguagem como neologismos e regionalismos; inversão da ordem dos termos da oração; e adjetivação excessiva – denunciando um posicionamento subjetivo – devem ser evitados a todo custo. Deve-se ter cuidado, ainda, com invenções do tipo: peça-ovo, em vez de denúncia; portal, em vez de petição inicial; etc. No que tange ao tempo verbal, o mais apropriado é o presente do indicativo ou o futuro simples.

Não se deve esquecer que a repetição, muitas vezes, é um fator de coesão, utilizado para enfatizar o texto. Assim, é melhor repetir uma informação do que usar sinônimos que possam comprometer o enunciado, deixando o leitor inseguro. Entretanto, meras repetições, como, por exemplo, "o prazo é em dobro, por isso é tempestivo o recurso dentro do prazo em dobro" ou "não pode e não deve ser feito assim" são completamente inócuas e desnecessárias. Rechaçadas também devem ser construções do tipo "sem sombra de dúvida", "evidentemente que", etc.

Evitar o uso de termos que possam sugerir uma possível ambiguidade, como, por exemplo, a palavra "parte", que pode ser tanto parte do todo quanto parte do processo; "recurso", que pode ser tanto recurso econômico quanto recurso processual. Ao transcrever um trecho da ementa, certificar-se de que os elementos de entendimento ali presentes estão completos, pois o futuro leitor não terá conhecimento da parte não transcrita.

Em relação às siglas, quando da primeira vez em que aparecem no texto, escreve-se o seu significado por extenso, pois nem sempre conhecemos todas elas, em seguida usa-se apenas a sigla. Por extenso, também, escrevemos os números e as porcentagens. Os números de leis, cuja indicação taxativa deve ser repetida sempre que necessária (em vez de a lei anterior, a lei acima referida, etc.), podem ser escritos em numeração algébrica.

Por ser um texto objetivo, a ementa não deve conter, de forma alguma, posicionamentos que possam censurar o trabalho do juízo inferior. Afirmações do tipo "o juiz de primeiro grau está errado quando diz que..." ou "traduz rematado absurdo admitir defesa como a que se viu nos autos..." deixam o trabalho eivado de subjetividade. Também deve ser evitada a invocação de argumento de autoridade: "Afirma o doutrinador Fulano que..." ; "Conforme já se pronunciou a Câmara Tal...", o que não impede sua utilização ao longo do corpo do acórdão, sustentando determinada argumentação.

A ementa representa sempre uma discussão em tese; assim sendo, não há necessidade de se explicar o porquê do julgamento, mas, sim, discutir abstratamente o tema propriamente dito.

É producente que a ementa seja redigida por quem elaborou o acórdão, para que ela não vá de encontro à fundamentação deste ou ao seu dispositivo. Uma ementa mal-elaborada, além de criar um falso precedente, deixa transparecer um trabalho que não foi realizado com a devida precisão. Esse tipo de divergência é mais comum do que se pensa e acaba por ensejar os famigerados embargos de declaração. Vale lembrar que, se houver evidente contradição entre o corpo do julgado e a ementa, prevalece o teor do julgado e não a ementa, mas é essencial que haja paralelismo entre o que a

[*] Mestrando em Linguística e graduado em Letras pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor. Escritor.

ementa diz e o que se julgou efetivamente, ressaltando um trabalho sério e esmerado.

3 Partes da ementa jurisprudencial

3.1 Verbetação (Cabeçalho)

Formada por uma sequência de palavras-chave, ou de expressões que indicam o assunto discutido no texto, a verbetação consiste na parte superior e introdutória da ementa jurisprudencial e representa o tema geral do acórdão. Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

> O cabeçalho contém os descritores. O primeiro destes é a rubrica, a palavra-chave que serve para dar a primeira e principal indicação da matéria versada no acórdão. Depois da rubrica, são colocados os descritores secundários (subdescritores) e modificadores, para 'afinar' a informação, do maior para o menor, do geral para o particular (por exemplo: Juros. Taxa. Excesso.) (AGUIAR JÚNIOR, 2008.)

O cabeçalho agrega os temas que serão objetos da ementa, de tal sorte que tudo o que depois for inserido no dispositivo deve ter uma indicação no cabeçalho; e tudo o que está indicado no cabeçalho deve ser tratado no dispositivo. Tal procedimento facilita a busca e a pesquisa.

O dispositivo não deve conter sentenças inteiras, mas termos isolados de sentido completo. Ex.: Se a hipótese em discussão for um contrato de *leasing*, não se diz na verbetação: "O pagamento do valor residual antecipado descaracteriza o contrato de *leasing*", mas, sim, "*Leasing*. Valor residual. Pagamento antecipado. Descaracterização".

O itálico e/ou negrito também devem ser evitados (o destaque deve ser dado ao dispositivo que é a parte essencial da ementa). No entanto, como isso não é uma regra, uma vez que não há embasamento legal respectivo, muito depende de convenções do próprio Tribunal.

3.2 Dispositivo

Dispositivo é a regra resultante do julgamento do caso concreto. Deve-se, preferencialmente, trazer um texto original que não reproduza fragmentos da lei ou orientação doutrinária, pois isso lhe retira a originalidade e a particularidade.

Embora abstrato, o dispositivo tem de ser objetivo, conciso, seguro, coerente, isento de ânimo e claro. Tem de trazer uma proposição afirmativa, sem termos vagos, como, por exemplo: "até onde se sabe dos autos"; "ao que tudo indica"; "segundo a melhor doutrina"; etc. Se a ementa tratar de mais de um assunto, havendo ou não algum tipo de relação entre eles, é necessário que se faça uma verbetação e um dispositivo para cada assunto.

Vindo sempre em parágrafo distinto da verbetação e em caracteres diferentes (geralmente o itálico), o dispositivo não deve referir-se a elementos concretos, como nomes próprios de pessoas, empresas ou lugares.

Referências bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Ementas e sua técnica. *Revista da Magistratura do Rio Grande do Sul*. Rio Grande do Sul: Ed. 27, 2008.

CAMPESTRINI, Hildebrando. *Como redigir ementas*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Desmistificando a ementa. *Jurisprudência Catarinense*. Florianópolis: v. 29, n. 103, p. 153-161, 2004.

COUTO, Sérgio. Ementa *versus* julgado. *ADV Advocacia Dinâmica*: boletim informativo semanal. São Paulo: v. 20, n. 8, 2000.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A ementa nos acórdãos. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: n. 21, p. 106-120, dez. 2004.

GUIMARÃES, José Augusto Chaves. *Elaboração de ementas jurisprudenciais:* elementos teórico-metodológicos. Brasília: CEJ, 2004.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. As ementas nas decisões dos tribunais trabalhistas. *Revista LTr*: legislação do trabalho. São Paulo: v. 67, n. 12, p. 1455-1459, dez. 2003.

...

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corte Superior

Incidente de inconstitucionalidade - Decreto municipal - Vedação de venda de passagens de ônibus fora do terminal rodoviário - Violação de princípios constitucionais - Livre iniciativa - Livre concorrência - Defesa do consumidor - Proibição de caráter geral sem edição de lei em sentido formal - Inconstitucionalidade

Ementa: Incidente de inconstitucionalidade. Decreto municipal. Vedação de venda de passagens de ônibus fora de terminal rodoviário. Inconstitucionalidade. Violação dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor. Extrapolação do poder regulamentar. Proibição de caráter geral e abstrato veiculada sem edição de lei em sentido formal

- É inconstitucional decreto do Poder Executivo que, além de estar a veicular proibição de caráter geral e abstrato, viola os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor.

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL Nº 1.0570.07.014954-9/002 - Comarca de Salinas - Requerente: Des.ª Albergaria Costa - Requerida: Corte Superior - Relator: DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES

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 JULGAR PROCEDENTE A ARGUIÇÃO.

Belo Horizonte, 12 de janeiro de 2011. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Trata-se de incidente de inconstitucionalidade, suscitado pela Terceira Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, nos autos do Reexame Necessário Cível nº 1.0570.07.-014954-9/001 (f. 107/110), referente à segurança concedida no mandado de segurança impetrado por Transnorte - Transporte e Turismo Norte de Minas Ltda. contra ato do Prefeito Municipal de Salinas (f. 75/80), através da qual foi assegurada à impetrante a possibilidade de reabrir o ponto de vendas de passagens em estabelecimento de sua propriedade, situado fora do terminal rodoviário local, ao fundamento de que é inconstitucional o Decreto nº 3.857/2007 do Município de Salinas, que proibiu a venda de passagens fora do referido terminal.

A d. Procuradoria opinou pela procedência do incidente, com a declaração da inconstitucionalidade do mencionado decreto (f. 124/132).

Decido.

Transnorte - Transporte e Turismo Norte de Minas Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Prefeito Municipal de Salinas consistente no Decreto nº 3.857/2007 do Município de Salinas, que proibiu a venda de passagens de ônibus fora do terminal rodoviário local.

O referido decreto, cujo inteiro teor se acha à f. 24, ao prever que o "Terminal Turístico Rodoviário de Salinas" é o ponto de partida e de chegada obrigatório das linhas interestaduais regulares de transporte rodoviário coletivo de passageiros no perímetro urbano do Município de Salinas, assim previu no parágrafo único de seu art. 1º:

> Parágrafo único. Não serão permitidos o embarque e desembarque de mercadorias, as vendas de passagens e a manutenção de ponto comercial em outros locais, além do Terminal Turístico Rodoviário.

A impetrante, ao tempo da edição desse decreto, mantinha um ponto de apoio de sua propriedade, situado na Rua Maroto Ferreira, nº 36, Bairro Raquel, em Salinas/MG, no qual efetuava a venda de passagens.

Com a edição do decreto, teve interrompida a venda de bilhetes neste local.

Tal fato, como consta dos autos, veio em prejuízo da empresa, que teve gravemente reduzidos seus índices de venda, até mesmo pela concorrência desleal do transporte clandestino, que se viu favorecido com o fato, de forma indireta, uma vez que as pessoas preferem viajar em seus ônibus a irem até o terminal adquirir uma passagem das linhas regulares, uma vez que o custo do transporte até o referido terminal chega a ser superior ao do próprio bilhete de viagem.

Tal fato veio, também, em prejuízo da própria população, que deixou de ter a possibilidade de adquirir, de forma facilitada e sem custos adicionais, passagens de ônibus no próprio centro da cidade.

Ao meu modesto aviso, o parágrafo único do art. 1º do Decreto nº 3.857/2007 padece de inconstitucionalidade, por mais de uma razão.

Inicialmente, porque a norma em questão fere os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, previstos no art. 170, *caput*, e inciso IV, da Constituição Federal.

A uma, porque impede que a impetrante desenvolva sua atividade empresarial de forma absolutamente legítima e, a duas, porque favorece a concorrência desleal do transporte clandestino, que, de forma marginal à lei, vende passagens no centro do Município, como se vê dos autos, ao passo que a impetrante não pode fazê-lo, de forma legítima.

Sobre a livre iniciativa e a livre concorrência, cabe lembrar a lição de Geraldo Vidigal, citado por Eros Roberto Grau, no sentido de que

> no conjunto das posições que regulam o poder de intervenção do Estado, evidencia-se a repulsa à posição estadista da Constituição de 1967/69, delimitando-se nitidamente, e de maneira muito mais severa, a presença do Estado na economia (in *A ordem econômica na constituição de 1988* - interpretação e crítica. 2. ed. Revista dos Tribunais, p. 203).

Eros Grau cita, ainda, a lição de Miguel Reale, segundo a qual

> houve [...] ineludível opção de nossos constituintes por dado tipo, o tipo liberal, do processo econômico, o qual só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências [...] (in ob. cit., p. 204).

Ainda citando Miguel Reale, registra Eros Grau que,

> com o advento do novo Estatuto Político, a intervenção do Estado no domínio econômico somente pode ocorrer naquelas hipóteses que o legislador tiver o cuidado de especificar. É o que decorre principalmente do art. 174 da nova Constituição que fixa os limites de atuação do Estado na sua qualidade de 'agente normativo' (in ob. cit., p. 205).

Eros Grau cita, ainda, parecer de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, no sentido de que

> o Estado, como agente normativo e regulador, não se impõe ao mercado, para dominá-lo. Não o dirige, apenas vela para que a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano ocorram nos quadros dos princípios constitucionais (in ob.cit., p. 209).

Por fim, ainda tratando do princípio da livre iniciativa, leciona Eros Roberto Grau que postulação primária da liberdade de iniciativa econômica

> é a garantia da legalidade: liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar 'não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei' (in ob. cit., p. 225).

Aqui surge outro ponto no qual a norma em foco padece de inconstitucionalidade: ao trazer em si uma proibição de caráter geral e abstrato, fere o princípio da reserva legal, que é decorrente do princípio da legalidade, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (CF, art. 5º, inciso II).

Segundo esse princípio, somente a lei pode criar direitos e obrigações; apenas a lei, em sentido formal, pode impor às pessoas um dever de prestação ou de abstenção.

Todo e qualquer ato que venha a intervir no direito de liberdade ou de propriedade das pessoas carece de lei prévia que o autorize.

Cabe destacar que, no caso, conforme se vê da sentença proferida, "não existe lei que proíba a venda de passagens em loja de empresa de transporte de passageiros que funcione em local diverso da rodoviária do município" (f. 79).

Vale lembrar, ainda, que o art. 174 da Constituição Federal, citado na lição de Miguel Reale, aqui já referida, prevê que é na forma da lei que o Estado exercerá, como agente normativo e regulador da atividade econômica, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Por fim, o parágrafo único do art. 1º do Decreto nº 3.857/2007 viola, também, o princípio da defesa do consumidor, previsto no inciso V do já citado art. 170 da Constituição da República, uma vez que impede os interessados de adquirirem uma passagem de ônibus em local central, obrigando-os, de forma injustificada, a se deslocarem até o distante terminal rodoviário, com dispêndio com transporte e perda de tempo.

Por força dessas razões, julgo procedente o presente incidente para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º do Decreto nº 3.857/2007 do Município de Salinas.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - De acordo.

DES. SILAS VIEIRA - De acordo.

DES. WANDER MAROTTA - De acordo.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo.

DES. MANUEL SARAMAGO - De acordo.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - De acordo.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo.

DES. RONEY OLIVEIRA - De acordo.

DES. HERCULANO RODRIGUES - De acordo.

DES. CARREIRA MACHADO - De acordo.

DES. KILDARE CARVALHO - De acordo.

DESª. MÁRCIA MILANEZ - De acordo.

DES. ALVIM SOARES - De acordo.

DES. GERALDO AUGUSTO - De acordo.

DES. MOREIRA DINIZ - De acordo.

DES. DUARTE DE PAULA - De acordo.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - De acordo.

DES. VIEIRA DE BRITO - De acordo.

DES. LUCAS PEREIRA - De acordo.

DES. TIBÚRCIO MARQUES - De acordo.

DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA - Acompanho os lúcidos fundamentos lançados pelo eminente Relator, pois o art. 1º do Decreto nº 3.857/2007, do Município de Salinas, infringe a Constituição da República, o que impõe a procedência do incidente de inconstitucionalidade suscitado.

Ressalto, ainda, que indigitada norma também nega vigência ao disposto no art. 231, *caput*, e no art. 233, IV, ambos da Constituição do Estado, que preveem normas que visam ao desenvolvimento econômico, no âmbito estadual, com a "eliminação de entrave burocrático que embarace o exercício da atividade econômica".

Com tais considerações, acompanho o eminente Relator e, também, julgo procedente o incidente de inconstitucionalidade.

Súmula - JULGADA PROCEDENTE.

...

Responsabilidade civil - Indenização - Ato praticado por promotora exercendo atribuição eleitoral - Ilegitimidade passiva *ad causam* do Estado de Minas Gerais - Extinção do processo sem julgamento de mérito

Ementa: Constitucional. Administrativo. Responsabilidade civil. Ação de indenização. Ato praticado por promotora exercendo atribuição eleitoral. Ilegitimidade passiva *ad causam* do Estado de Minas Gerais. Extinção do processo, sem resolução de mérito.

- Não tem o Estado de Minas Gerais legitimidade passiva *ad causam*, para responder por ato praticado por representante do Ministério Público estadual no exercício de atribuição federal decorrente da qualidade de promotor eleitoral.

Remessa oficial não conhecida, preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* acolhida e processo extinto.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0517.06.000793-0/004 - Comarca de Poço Fundo - Remetente: Juiz da Comarca de Poço Fundo - Apelantes: 1º) Estado de Minas Gerais; 2º) Edésio Vasconcelos de Oliveira - Apelados: Estado de Minas Gerais, Edésio Vasconcelos de Oliveira - 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 da Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DO REEXAME NECESSÁRIO, ACOLHER A PRELIMINAR E EXTINGUIR O PROCESSO.

Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2011. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de dois recursos de apelação contra sentença de f. 402/410, que, na ação de reparação de danos ajuizada por Edésio Vasconcelos de Oliveira em face do Estado de Minas Gerais, julgou procedente o pedido inicial, para condenar o réu a pagar ao autor o valor de R$23.250,00 (vinte e três mil e duzentos reais), atualizado monetariamente e acrescido de juros moratórios a partir da data do evento danoso até o efetivo pagamento.

No primeiro recurso (f. 427/437), suscita o Estado de Minas Gerais as seguintes preliminares: a) inexistência de ato praticado por agente público no exercício de suas atribuições; b) não ser parte legítima para figurar no polo passivo da ação, à alegação de que a Promotora de Justiça exercia suas atribuições na qualidade de Promotora Eleitoral, cabendo à União suportar eventual dever de reparação. No mérito, pugna pela reforma da sentença à alegação, de que o autor, ora apelado, foi preso em flagrante pela prática de dois crimes - fraude do exercício do voto mediante transporte de eleitores e desobediência -, o que afasta a ilegitimidade do ato praticado por aquela autoridade. Sustenta, ainda, excesso na condenação e não observância da Súmula nº 392 do Superior Tribunal de Justiça.

No segundo apelo (f. 440/442), bate-se o autor pela majoração do *quantum* indenizatório arbitrado na primeira instância.

Contrarrazões às f. 445/450 e 452/455.

Reexame necessário.

Inicialmente, constata-se que a remessa oficial não merece ser conhecida. Com efeito, a mesma norma que dispõe sobre o cabimento do duplo grau de jurisdição obrigatório, art. 475 do CPC, excepciona, no seu § 2º, a aplicação do disposto no *caput*, *in verbis*:

> Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença:
> [...]
> § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

No caso dos autos, a condenação de R$18.076,40 (dezoito mil setenta e seis reais e quarenta centavos), mais R$2.000,00 (dois mil reais), imposta ao Município, ainda que corrigida desde o ajuizamento do feito, a toda evidência não atingiria o patamar previsto no mencionado art. 475, § 2º, do CPC, pateteando o descabimento da remessa obrigatória.

Assim, não conheço da remessa oficial.

Apelações.

Conheço dos recursos voluntários, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminar.

Inicialmente, registro que a questão suscitada no 1º recurso, por se tratar de condição da ação, não está sujeita a preclusão, razão pela qual não se sustenta o óbice de inovação recursal lançado pelo apelado.

A preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* erigida pelo Estado de Minas Gerais merece acolhida.

Depreende-se da peça inicial que a pretensão indenizatória está fulcrada na alegação de que o autor, na condição de candidato a prefeito, foi preso em flagrante, por determinação da il. Promotora de Justiça da Comarca de Poço Fundo, que exercia sua atribuição na qualidade de Promotora Eleitoral.

Por sua vez, a documentação juntada aos autos pelo autor (f. 136/186) - Procedimento Administrativo Criminal e Procedimento Administrativo Eleitoral - comprova que os fatos narrados na inicial foram apurados pela Justiça Federal, com auxílio da Polícia Federal, em razão do crime eleitoral (art. 302 da Lei nº 4.737/65) supostamente praticado por aquele.

Assim, verifica-se que estava a Promotora investida da função eleitoral, inerente ao Poder Judiciário Federal, pelo que se configura a ilegitimidade do apelante para figurar no polo passivo da presente ação indenizatória, pois não pode ter responsabilidade por ato de agente que, no caso, não está vinculado à atividade estadual.

Diante do exposto, acolho a preliminar para extinguir o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, mas deixo de condenar o autor ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, em face do disposto no art. 22 do CPC.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO e VIEIRA DE BRITO.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO REEXAME NECESSÁRIO, ACOLHERAM A PRELIMINAR E EXTINGUIRAM O PROCESSO.

...

Penhora - Parte de imóvel do devedor - Intimação dos demais condôminos - Desnecessidade

Ementa: Embargos de terceiro. Penhora de parte de imóvel do devedor. Intimação dos demais condôminos. Desnecessidade.

- Recaindo a penhora sobre parte do imóvel de propriedade do devedor, respeitada a cota-parte dos demais condôminos, restaram protegidos os seus direitos, sendo desnecessária a sua intimação para os atos da execução.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0153.10.001552-5/001 - Comarca de Cataguases - Apelante: Ubirajara Amaral Ribeiro - Apelado: Luiz Henrique da Conceição Simas - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de fevereiro de 2011. - *Alvimar de Ávila* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Ubirajara Amaral Ribeiro, nos autos dos embargos de terceiro opostos em face de Luiz Henrique da Conceição Simas, contra decisão que julgou improcedente o pedido do embargante (f. 22/26).

O apelante, em suas razões recursais, sustenta que a. r. decisão recorrida julgou improcedentes os embargos, com fundamento no art. 285-A do CPC, porém a sentença paradigma analisou fatos distintos ao dos presentes embargos. Salienta que a penhora recaiu sobre imóvel indivisível. Assevera que todos os condôminos devem ser intimados da realização de penhora. Ressalta que, sendo coproprietário de parte do imóvel, imprescindível a sua intimação para a realização da praça (f. 29/35).

A apelada apresentou contrarrazões de f. 52/53, requerendo a manutenção da r. sentença recorrida.

Conhece-se do recurso por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Cuidam os autos de embargos de terceiro opostos pelo apelante, filho e irmão dos executados, em desfavor do exequente, sob o fundamento de que detém 1/8 (um oitavo) do imóvel penhorado, pelo que a ausência de sua intimação sobre os atos praticados na execução acarreta a nulidade do processo.

O MM. Juiz de primeiro grau rejeitou os fundamentos do embargante, por entender que, recaindo a penhora sobre 50% do imóvel em condomínio e estando resguardado o direito do condômino, torna-se desnecessária a sua intimação para o ato de constrição.

Em que pese a inteligência das razões expostas no recurso, tem-se que razão nenhuma assiste ao apelante quanto à necessidade de sua intimação para penhora.

Infere-se dos autos que o imóvel objeto da constrição foi inicialmente penhorado em sua integralidade, conforme auto de penhora de f. 19. Todavia, após a oposição de embargos do devedor pela executada, os quais foram parcialmente acolhidos, a penhora foi reduzida a somente 50% (cinquenta por cento) do imóvel, em decisão transitada em julgado em 02.10.2000.

Dessa forma, tem-se que, ausente a divisão do imóvel, bem como a comprovação de que a constrição de metade do bem tenha causado prejuízo ao

condômino detentor de apenas 1/8 (um oitavo) de sua propriedade, não se vislumbra nulidade na penhora efetivada, tampouco dos atos de execução que daí se seguiram.

É que, recaindo a penhora sobre parte do imóvel de propriedade da executada, mas respeitada a cota-parte dos demais condôminos, restaram protegidos os seus direitos, sendo desnecessária a sua intimação para os atos da execução.

Confira-se a jurisprudência deste Tribunal:

> Embargos à arrematação. Legitimidade. Alegação de pagamento do débito não comprovada. Valor ofertado em segundo leilão. Imóvel em condomínio. Ilegitimidade do condômino para a oposição dos embargos. Intimação para hasta pública desnecessária.
> [...] Recaindo a penhora sobre 50% do imóvel em condomínio e estando resguardado o direito do condômino, torna-se desnecessária a sua intimação [...]
> A lei processual civil não exige a intimação pessoal do condômino para os atos do processo de execução. (TAMG, Ap. 2.0000.00.336.857-8/000, 3ª Câmara Cível, Rel. Juiz Wander Marotta, julgado em 08.08.2001.)

> Embargos à execução. Penhora sobre a parte do imóvel do devedor. Intimação dos demais condôminos. Desnecessidade. Bem de família. Ausência de comprovação. Impenhorabilidade afastada. Firma individual e pessoa física. Patrimônio. Inexistência de distinção. Nota promissória. Alegação de ilicitude na sua criação e pagamento parcial. Ônus da prova do devedor. - I - Tendo a penhora recaído apenas sobre a parte do imóvel de propriedade do apelante, respeitada a fração dos demais condôminos, tem-se que restaram protegidos os direitos desses, sendo, pois, desnecessária a intimação dos mesmos para os atos da execução. [...] (TJMG, Ap. 2.0000.00.455454-1/000, Rel. Des. Osmando Almeida, 9ª Câmara Cível, julgado em 21.06.2005).

De fato, a exigência de intimação contida nos arts. 615 e 619 do Código de Processo Civil refere-se apenas ao credor pignoratício, hipotecário ou anticrético, silenciando a respeito do condômino, pelo que não se vislumbra a necessidade de sua intimação, notadamente quando respeitada a sua fração sobre o imóvel penhorado.

Acresça-se que a presente execução se arrasta há mais de dez anos e que o apelante/embargante é filho e irmão dos devedores.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a r. sentença vergastada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a exigibilidade, nos termos da Lei nº 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SALDANHA DA FONSECA e DOMINGOS COELHO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Danos morais e materiais - Dengue - Falecimento - Administração Pública municipal - Ato omissivo - Prova - Ausência - Responsabilidade subjetiva - Omissão genérica - Dever de indenizar - Inexistência

Ementa: Civil. Administrativo. Ação de indenização. Dano material e moral. Dengue. Falecimento. Responsabilidade da Administração Pública. Omissão. Município de Coronel Fabriciano. Responsabilidade subjetiva. Omissão genérica. Dever de indenizar. Não procedência.

- O Município de Coronel Fabriciano não pode ser compelido a indenizar as autoras pelo falecimento de seu pai, por estar supostamente acometido de dengue, quando o caso concreto retrata hipótese de omissão genérica, ensejando a responsabilidade subjetiva por parte do ente público, sobretudo quando não provada, pela parte autora, a presença dos requisitos legais para a condenação pretendida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0194.10.001688-1/001 - Comarca de Coronel Fabriciano - Apelantes: T.R.S. e outra, assistida pela mãe C.B.R. - Apelado: Município de Coronel Fabriciano - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 1º de março de 2011. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do recurso voluntário.

Trata-se de ação de indenização ajuizada pelas apelantes T.R.S. e T.R.S. em desfavor do apelado Município de Coronel Fabriciano objetivando o ressarcimento dos danos morais e materiais suportados pelas autoras em decorrência da morte de seu pai por dengue.

Após regular contraditório, o pedido foi julgado improcedente (f. 90/96), veredito com o qual não se conformam as autoras.

A pretensão recursal não merece prosperar, *data venia*.

In casu, verifica-se que o pai das apelantes faleceu no dia 05.05.2008 por "choque hemodinâmico - insufi-

ciência renal aguda - ardo virose (dengue)", conforme consta da certidão de óbito de f. 17.

No direito pátrio, em face do constante na Constituição Federal e no Código Civil, há abrigo jurídico para duas teorias em relação à responsabilidade que a Administração Pública poderá assumir - objetiva e subjetiva - dependendo, em cada hipótese, das circunstâncias do caso concreto gerador do dano suportado pelo administrado.

A espécie retrata, em tese, responsabilidade subjetiva do ente público. Está-se imputando um ato omissivo decorrente da falta de ações de combate à proliferação e de erradicação do mosquito *Aedes aegypti*, e, consequentemente, da doença por ele transmitida - a dengue -, no Município de Coronel Fabriciano, onde residia o *de cujus*. Em situação dessa ordem, a verificação da culpa é encargo esse afeto às autoras.

Ao dispor a responsabilidade subjetiva da Administração após o advento do novo Código Civil, Rui Stoco adverte:

> Para a verificação do fundamento da obrigação do Estado indenizar, a Constituição Federal distingue o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos causados por atos de terceiros, ou por fenômenos da natureza. Observe-se que o art. 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação, ou inação de servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. (*Tratado de responsabilidade civil, com comentários ao Código Civil de 2002*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. 2004, f. 962).

Daí por que tanto a doutrina quanto a jurisprudência, em sua maioria - com a devida vênia da corrente minoritária, inclusive no âmbito das Cortes Superiores -, têm exigido a prova da culpa da Administração nos caso de danos causados a particulares por terceiros, não agentes públicos.

Frise-se que não há que se falar em violação ao princípio da responsabilidade objetiva inserto no art. 37, § 6º, CF, pois esse dispositivo só alcança a atuação funcional de servidores públicos, nessa qualidade. É a teoria do risco administrativo que dispensa qualquer perquirição sobre a juridicidade e culpabilidade, que nem sequer é absoluta ou integral, mas sim, mitigada ou moderada, visto que permite a prova, pela Administração, de causas excludentes, como o caso fortuito, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima.

Lado outro, os atos de terceiros ou os fatos da natureza, estranhos à atividade estatal, possuem enquadramento diverso, previsto no art. 186 do CC, submetendo-se ao princípio geral da culpa civil. Isso porque, como bem consignou o doutrinador supramencionado,

> Ora, a omissão do Estado é anônima, posto que se traduz em algo que a própria Administração não fez, quando deveria fazer. Não tomou as providências quando estas eram exigidas. Omitiu-se, danosamente, quando exigia um comportamento ativo. O serviço falhou sem que houvesse a participação direta de qualquer agente público. (obra citada, p. 963).

Arnaldo Rizzardo, também adepto da corrente majoritária, elenca as situações mais comuns nas quais o Poder Público responde subjetivamente pela *faute du service* - pela falta, falha, não prestação, deficiência, mau, atraso ou não funcionamento do serviço público, ou baixa qualidade dos serviços prestados -, dentre elas: a saúde e a previdência social; o atendimento ao público; o Poder Judiciário; e o combate ao crime e a segurança pública em geral.

Todavia, ele demonstra a seguinte preocupação com as pretensões indenizatórias relativas a atos omissivos da Administração:

> É comum a escancarada omissão em certas emergências, como no combate ao crime e em evitar invasões de propriedades alheias. A falta do serviço corresponde, nas hipóteses, à falta de agentes para a prestação do dever de proteção.
> Trata-se da culpa anônima ou impessoal da estrutura em si, que não passa da impossibilidade material de um atendimento razoável, pois o serviço não funciona ou funciona mal.
> Diante do panorama traçado, questiona-se até que ponto abre-se caminho para pretensões indenizatórias. O próprio conceito de culpa não se adapta a tal conjunto de coisas, que constitui um quadro que está acima das forças humanas e da capacidade de se organizar o Estado.
> Por isso, a realidade impõe uma revisão de conceitos, e inclusive de justa causa para demandar o ressarcimento de prejuízos. Tem-se uma extrema dificuldade, intransponível de vencer-se, em exigir a prestação dos serviços dentro de uma regularidade normal e correta.
> Daí a concepção de culpa, incidente na administração pública, sem desmerecer as inviabilidades existentes, que se assemelham a excludentes tidas como de força maior. Dirige-se a configuração para as situações de provocação de prejuízos materiais nas coisas ou na pessoa, como lesões e abalroamentos, por ação ou omissão culposa dos agentes. Fica agastada a deficiência do serviço (*Responsabilidade civil*. Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 360).

Mais adiante nessa obra, o aludido doutrinador assim discorre sobre a responsabilidade da Administração no tocante às questões afetas à segurança pública, que, de certa forma, se assemelha à hipótese em comento, que aborda a saúde pública:

> Nessa linha, contrariamente ao que muitos pensam, não pode o Estado responder pela falta de policiamento efetivo,

pela ausência de fiscalização dos órgãos públicos, pela sua ausência em um tumulto, posto que inevitável que se desenvolva em todos os cantos de uma localidade a vigilância, ou se fiscalize contínua e concomitantemente na totalidade dos estabelecimentos comerciais, ou se encontrem presentes as forças policiais em todos os pontos onde acontecem tumultos, invasões, assaltos, a menos quando notificadas ou avisadas as autoridades (obra citada, p. 363).

Outra distinção importante a ser efetuada antes de apreciar as provas colacionadas aos autos pelas partes refere-se à relevante construção doutrinária de dois tipos de responsabilidade por omissão: a genérica e a específica.

Quem bem explica a diferença entre omissão genérica e omissão específica da Administração Pública e, por conseguinte, as consequências a serem imputadas ao Poder Público diante de cada caso é Sergio Cavalieri Filho:

> A atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição, engloba não só a conduta comissiva como também a omissiva, pelo que merece temperamento aquela parte da doutrina capitaneada pelo insigne Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, 15. ed., Malheiros Editores, p. 871-872) que sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de uma omissão do Estado. Neste ponto é preciso distinguir omissão genérica do Estado [...] e omissão específica.
> Observa o talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia com que brindou o nosso mundo jurídico, 'não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir (*A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. Forense, 1997, p. 37). Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e omissão específica? Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, cria a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas, se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.
> Outro exemplo: veículo muito velho, sem condições normais de trânsito, causa um acidente por defeito de freio ou falta de luz na traseira. A Administração não pode ser responsabilizada pelo fato de esse veículo ainda estar circulando. Isso seria responsabilidade pela omissão genérica. Mas, se esse veículo foi liberado numa vistoria, ou passou pelo posto de fiscalização sem problemas, aí já teremos omissão específica.
> Na doutrina, ilustres juristas entendem que a responsabilidade estatal é objetiva tanto por ato comissivo como omissivo. Hely Lopes Meirelles: 'O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que tenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público.' (*Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 630); Yussef Sahid Cahali: 'Desenganadamente, a responsabilidade objetiva da regra constitucional - concordam todos, doutrina e jurisprudência, em considerá-la como tal - se basta com a verificação do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência [...] (*Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 40). No mesmo sentido Celso Ribeiro Bastos (*Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 190) e Odete Medauar (*Direito administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 430), dentre outros.
> Os nossos Tribunais têm reconhecido a omissão específica do Estado quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não impedimento do evento, como nos casos de morte de detento em penitenciária e acidente com aluno de colégio público durante o período de aula (*Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 261/262).

No caso concreto, entendo estar-se diante de hipótese de omissão genérica e, por conseguinte, de responsabilidade subjetiva da Municipalidade.

Da exordial, observa-se que as autoras alegaram que "o pai sempre reclamava junto à Municipalidade da sujeira e da falta de atitude pelos agentes da Prefeitura em pelo menos fazerem a limpeza do local" (f. 3), visto que alegadamente "ao lado de sua residência tem um córrego, um verdadeiro ninho a céu aberto, cheio de lixo, mosquito *Aedes aegypti*, em total abandono por quem era de direito de cuidar, limpar, no caso o Poder Municipal" (f. 3).

Todavia, é certo que as apelantes não comprovaram que o seu genitor - ou outro cidadão - tivesse cientificado a Municipalidade acerca das peculiares condições da região onde esse residia ou, ainda, que tivesse demandado qualquer ação específica por parte da Administração Pública nessa área no combate ao mosquito transmissor da dengue. Também não provaram que o local onde ele morava era favorável e alarmantemente propício à reprodução do vetor nem que se encontrava anormalmente infestada pelo vetor.

Lado outro, e ao contrário do argumentado pelas requerentes, o réu comprovou que atuava desde 2007 - antes, portanto, da morte do seu genitor - no combate ao mosquito transmissor da dengue.

O jornal *Diário do Aço*, em matéria veiculada em 27.11.2007, noticiou que a Gerência Regional de Saúde (GRS) premiou os melhores projetos de combate à dengue em 36 Municípios dessa região, sendo certo que o Município de Coronel Fabriciano, por meio de sua Secretaria Municipal de Saúde, obteve o 1º lugar pelos

"trabalhos de maior destaque desenvolvido para o Dia D de Combate à Dengue" (f. 45).

Não se está, com isso, negando ser sabido, pelas regras da experiência ordinária, que regiões próximas a córregos são mais propensas à proliferação de mosquitos de qualquer espécie, nem deixando de se reconhecer o triste e lamentoso falecimento do pai das autoras, mormente porque estão na adolescência.

O que se está afirmando, no entanto, é a ausência de provas de que a situação na região da residência do falecido estivesse mais infestada que outras em condições similares a essa, a se tornar imprescindível uma atuação mais incisiva por parte do Município réu.

Também foram juntadas inúmeras peças publicitárias elaboradas pela Municipalidade, especificamente voltadas ao combate do mosquito transmissor da dengue nos anos de 2008 e 2009 (f. 49/58).

Logo, é forçoso concluir que as provas efetivamente produzidas no caso concreto não corroboram as alegações das apelantes de *faute du service publique*.

Em tese, quando devidamente cientificada da especial necessidade de atuação mais intensa que a normalmente designada a uma região, a Administração tem, então, a obrigação de atendê-la. Nessa situação hipotética, configurar-se-ia a responsabilidade por danos que sobrevierem no caso de sua omissão, ineficiência ou deficiência, não funcionamento, falta ou falha na prestação do serviço público.

Por conseguinte, não tendo a autora se desincumbido do ônus que lhe era afeto de comprovar de forma robusta o *non facere* do serviço público nas circunstâncias acima explicitadas, não há como se falar em ato omissivo por parte do Município de Coronel Fabriciano, a lhe imputar responsabilidade pelos danos suportados pelas apelantes, pois, frise-se, a sua omissão foi genérica no caso concreto.

Finalmente, não se pode olvidar que o procedimento administrativo instaurado pelo Ministério da Saúde (f. 61/63), após ser notificado da suspeita de estar o pai das autoras acometido de dengue, e cujo resultado final somente ocorreu depois do falecimento daquele e, portanto, após a emissão da certidão de óbito, concluiu, por meio de exame sorológico, que "dengue descartada com sorologia negativa" (f. 63).

Conforme bem salientado pelo Magistrado *a quo*, esse documento, assim como uma certidão de óbito,

> também goza de fé pública e possui presunção de legitimidade/veracidade, descarta a hipótese de dengue, em razão da sorologia negativa, de maneira que seria necessária a produção de uma prova técnica para evidenciar com certeza a *causa mortis*, o que, contudo, não ocorreu na hipótese vertente (f. 94).

Com base nessas considerações, nego provimento ao apelo.

Custas recursais, pelas apelantes, observada a gratuidade de justiça.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO ANDRADE e GERALDO AUGUSTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Fraude à execução - Usufruto - Penhora do exercício do referido direito real - Possibilidade - Bem de família - Outros bens - Existência - Não comprovação

Ementa: Fraude à execução. Usufruto. Possibilidade de penhora do exercício do referido direito real. Bem de família e existência de outros bens. Não comprovação. Decisão mantida.

- Muito embora se reconheça que a penhora não pode recair sobre bem de terceiro nem mesmo sobre o usufruto, que é por natureza impenhorável, não se pode olvidar que o exercício do usufruto pode sim ser objeto de constrição, do que se conclui que a venda pelos agravantes de imóvel de propriedade de seus filhos menores afetou diretamente a satisfação do crédito dos exequentes, a ensejar a configuração de fraude à execução. No que se refere à existência de outros imóveis aptos a satisfazer a dívida e que o imóvel então penhorado consistiria em bem de família, tem-se que ambos os argumentos não podem ser considerados, uma vez que os recorrentes não trouxeram qualquer prova capaz de embasar suas alegações.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0145.02.002879-4/002 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: Laerson Novaes Carneiro da Silva - Agravados: Primo Geovannini, José Dirciney dos Santos Fonseca e outro - 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, EM REJEITAR A PRELIMINAR SUSCITADA PELO DES. 2º VOGAL E NEGAR PROVIMENTO AO APELO, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2011. - *Arnaldo Maciel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOTA E SILVA - Sr. Presidente, pela ordem.

Compulsando os autos, verifica-se que a decisão agravada determinou a penhora do imóvel situado na Rua Renato Dias, Bairro Bom Pastor, ao fundamento de que foi vendido quando já em curso a execução, revelando fraude à execução, o que impõe a ineficácia da venda.

A parte executada/agravante opõe-se à decisão ao afirmar que não tem a propriedade do imóvel, mas apenas a posse, por ser usufrutuário.

O douto Relator negou provimento ao recurso considerando a possibilidade de incidir penhora sobre o direito real de usufruto.

Ouso discordar do voto.

Primeiramente, para suscitar preliminar de não conhecimento do recurso por duas razões:

O recurso não veio devidamente instruído, não se sabendo se o imóvel penhorado, da Rua Renato Dias, se refere ao nº 621 ou 260, já que os exequentes elencam dois imóveis naquele endereço (f. 16-TJ).

A decisão agravada faz referência ao imóvel situado na Rua Renato Dias, certidão de f. 677-v. (f. 8-v. - TJ), mas este documento não veio aos autos do agravo de instrumento, o que gera dúvida a este Julgador quanto ao imóvel efetivamente a ser penhorado.

Ainda que considerássemos o imóvel da matrícula 30.842 (f. 15-TJ), também não haveria como receber o recurso por falta de interesse recursal.

O bem era de propriedade de Luiz Alberto Gomes Gonçalves e Maria Del Carmen Tabel Gonçalves, que alienaram para os filhos do executado, Luiza e Mateus Fernandes Carneiro da Silva, com reserva de usufruto ao executado, Laerson Novaes Carneiro da Silva.

No entanto, este renunciou ao direito real de fruição, e o imóvel foi novamente alienado, agora para José Carlos Souto Cordeiro e Irissé Souto Cordeiro.

Assim, não há interesse do agravante em ver reformada a decisão que impôs a penhora sobre o imóvel, que não pertence ao recorrente e sobre o qual este também não tem mais o usufruto, visto que renunciou a ele - f. 15-v.-TJ.

Com essas considerações, não estando devidamente instruído o recurso com os documentos essenciais ao conhecimento da matéria e diante da falta de interesse recursal, hei por bem em, de ofício, suscitar preliminar de não conhecimento do recurso.

DES. ARNALDO MACIEL - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora que, nos autos da ação ordinária proposta pelos agravados, reconheceu a fraude à execução e determinou a penhora do imóvel objeto do negócio jurídico fraudulento.

Contra tal decisão insurge-se o agravante, alegando que a decisão *a quo* não deveria prosperar uma vez que o imóvel em questão não seria de sua propriedade, tendo somente o usufruto vitalício do bem e que teriam sido descritos, pelos próprios agravados, diversos bens de seu patrimônio que poderiam garantir a execução, não havendo que se falar em penhora ou fraude à execução, ressaltando por fim, que o imóvel em questão estaria protegido pela Lei 8.009/90, que resguarda a residência como bem de família.

Por tais razões, requereu seja conhecido e provido o presente recurso com a reforma da decisão agravada.

Documentos às f. 08/28-TJ, encontrando-se a decisão agravada à f. 08-TJ.

Recurso devidamente preparado à f. 27-TJ.

O recurso foi recebido apenas em seu efeito devolutivo às f. 40/41-TJ, requisitando-se informações ao Prolator da decisão recorrida e determinando a intimação da parte agravada.

A Juíza de 1º grau prestou informações à f. 49-TJ, esclarecendo que o agravante cumpriu com o disposto no art. 526 do CPC e que foi mantida a decisão agravada.

Apesar de devidamente intimados, os agravados não apresentaram contraminuta, consoante atesta a certidão de f. 50-TJ.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Cinge-se a questão meritória à análise da configuração de fraude à execução supostamente perpetrada pelo agravante. Pois bem, este último sustenta o não cabimento da fraude à execução pelo fato de que a penhora incidiu sobre imóvel cuja propriedade não lhe tocava, recaindo tão somente sobre o usufruto vitalício de tal bem. Afirma ainda que o referido imóvel constitui bem de família, sendo impenhorável, e que existiriam outros bens sobre os quais poderia recair a penhora, a fim de assegurar a execução, de modo que não haveria que se falar em insolvência.

No caso em comento, analisando-se as circunstâncias fáticas que envolveram a transferência do imóvel em questão e os elementos de prova produzidos, que, diga-se de passagem, não foram muitos, constata-se que não merece qualquer reforma a decisão objurgada, uma vez que configurada a hipótese de fraude à execução.

Isso porque, muito embora se reconheça que a penhora não poderia recair sobre bem de terceiro nem mesmo sobre o usufruto, que é por natureza impenhorável, não se pode olvidar que o exercício do usufruto pode sim ser objeto de constrição, do que se conclui que a venda pelo agravante de imóvel de propriedade de seus filhos menores, ou seja, a venda feita necessariamente por ele como representante de seus descendentes, já ciente da execução que o atingia, afetou diretamente a satisfação do crédito dos exequentes e demonstra inequívoca má-fé.

Por oportuno, confira-se a lição de Washington de Barros Monteiro:

> Usufruto não comporta alienação, como direito é incessível. Mas seu exercício pode ser cedido a título gratuito ou oneroso. Nada impede assim que o usufrutuário, em vez de se utilizar pessoalmente da coisa frutuária, o que poderia ser inútil e até vexatório, a alugue ou a empreste a outrem. Da inalienabilidade resulta a impenhorabilidade do usufruto. O direito não pode, portanto, ser penhorado em ação executiva movida contra o usufrutuário: apenas seu exercício pode ser objeto de penhora, desde que tenha expressão econômica. A penhora deverá recair, destarte, não sobre o direito propriamente dito, mas sobre a faculdade de perceber as vantagens e frutos da coisa, sobre a sua utilização, em suma. (*Curso de direito civil*: direito das coisas. 36. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, v. 3, p. 292/293.)

Nesse mote, também se posiciona o STJ:

> Direito civil. Ação de arbitramento de aluguel. Devedora detentora de 50% do usufruto. Execução proposta pelo nu proprietário detentor dos outros 50%. Penhora do exercício do direito de usufruto. Impossibilidade. I - Da inalienabilidade resulta a impenhorabilidade do usufruto. O direito não pode, portanto, ser penhorado em ação executiva movida contra o usufrutuário; apenas o seu exercício pode ser objeto de constrição, mas desde que os frutos advindos dessa cessão tenham expressão econômica imediata. II - Se o imóvel se encontra ocupado pela própria devedora, que nele reside, não produz frutos que possam ser penhorados. Por conseguinte, incabível se afigura a pretendida penhora do exercício do direito de usufruto do imóvel ocupado pela recorrente, por ausência de amparo legal. Recurso especial provido. REsp 883085/SP Recurso Especial 2006/0201185-7. Ministro Sidnei Beneti.

Ademais, no que se refere à existência de outros imóveis aptos a satisfazer a dívida e que o imóvel então penhorado consistiria em bem de família, tem-se que ambos os argumentos não podem ser considerados, uma vez que o recorrente não trouxe qualquer prova capaz de embasar suas alegações, sendo que não se pode afirmar que o imóvel objeto da constrição constituía seu único imóvel residencial e que aqueles imóveis mencionados na petição de f. 17/18-TJ de fato lhe pertencem e são bens livres e desembaraçados, capazes de arcar com a dívida objeto da execução. Por fim, cabe ainda ressaltar que a fraude à execução não pressupõe necessariamente a observância do art. 615-A do CPC.

Frise-se que, conquanto a configuração do instituto da fraude à execução pressuponha requisitos bem específicos, não há como se discutir mais profundamente aqui a presença ou não desses pressupostos, haja vista a deficiente instrução promovida pelo agravante, de tal forma que deve ser mantida incólume a decisão guerreada, prevalecendo a presunção *juris tantum* que recai em favor dos exequentes na sistemática da fraude à execução.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso interposto, para manter a decisão hostilizada.

Custas, *ex lege*.

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - Estou acompanhando o Des. Relator, também rejeitando a preliminar, nos termos do seu voto.

DES. MOTA E SILVA - No mérito, também nego provimento ao recurso, mas não ao argumento de que cabe penhora sobre direito real de uso ou fruição, uma vez que nem sequer há usufruto no imóvel a ser penhorado. Mas porque, se o imóvel foi alienado em fraude à execução, sua venda é ineficaz, podendo o mesmo responder pelo débito executado.

Isso porque a fraude à execução acarreta prejuízo ao credor e ao Estado-juiz e tem por consequência não a invalidade da alienação, mas sim a ineficácia em relação ao processo executivo. Assim, se um bem é alienado em fraude à execução, a lei considera válida a venda, o adquirente vai se tornar proprietário, mas a execução poderá incidir sobre esse bem.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso para manter a decisão agravada.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR SUSCITADA PELO DES. 2º VOGAL E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO, À UNANIMIDADE.

...

Estabelecimento de saúde mental - Internação de preso - Antecipação de tutela - Efeito suspensivo - Deferimento primitivo mantido em liminar de agravo - Fato superveniente - Reforma da decisão - Princípio da soberania e unicidade das decisões

Ementa: Agravo de instrumento. Ação civil pública. Liminar. Efeito suspensivo. Indeferimento. Internação de preso em estabelecimento de saúde mental. Fato superveniente comprovado. Agravo provido.

- A prestação jurisdicional judicial deve ser dada com observância do estado de fato em que se encontra a causa ou recurso.

- Não poderá o Relator de recurso desconsiderar fato superveniente que influa no julgamento do recurso, mormente quando comprovada nos autos recursais a existência daquele referido fato.

- Havendo o Tribunal já se pronunciado sobre o mérito do presente agravo de instrumento, não há como deixar de levar em conta o pronunciamento de 2ª (segunda)

instância, que entendeu não ter o agravante direito à internação em estabelecimento de saúde mental.

- Todo membro integrante do Tribunal deve zelar pela soberania e unicidade de suas decisões, visto que eventuais decisões conflitantes não só desacreditam o Poder Judiciário, como também trazem intranquilidade aos jurisdicionados.

Provimento do agravo que se impõe.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0153.10.005999-4/001 - Comarca de Cataguases - Agravante: Estado de Minas Gerais - Agravado: 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de março de 2011. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pelo agravante, o Dr. Alexandre Diniz Guimarães.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo da decisão agravada de f. 46/50-TJ, a qual nos autos da ação civil pública com pedido de liminar para internação de M.R.S.S. deferiu em parte o pedido de antecipação de tutela para determinar que o agravante providencie, no prazo de 10 dias, a disponibilização de 01 vaga em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, com a consequente transferência da execução penal, disponibilização de abrigo e tratamento, sob pena de incorrer em multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), limitada ao montante de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em caso de descumprimento da ordem.

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo da decisão agravada de f. 46/50-TJ, visto entender irrelevante seu fundamento jurídico de pedir.

Foram requisitadas informações e intimado pessoalmente o agravado para resposta, tudo no prazo comum de 10 (dez) dias e em consonância com a norma contida no art. 527 do CPC.

Em seguida foi aberta vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Requisitadas informações, o Magistrado *a quo*, às f. 62/63-TJ, mantém a decisão agravada informando que, segundo o agravado, o agravante não vem oferecendo vagas suficientes para esse fim, o que vem trazendo grande prejuízo à sociedade e às vítimas de infrações penais praticadas por essas pessoas, porque os autores do fato têm sido mantidos em liberdade justamente por falta de vagas.

Intimado para respostas, o agravado às f. 99/114-TJ oferece suas contrarrazões pugnando pelo desprovimento do recurso.

Aberta vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça, esta às f. 125/142-TJ oferece judicioso parecer opinando pelo desprovimento do recurso.

Conheço do recurso, visto que satisfeitos seus requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Com o presente recurso objetiva o agravante que o processo seja extinto sem resolução do mérito em razão da impropriedade de seu objeto e incompetência absoluta do Juízo, e, em caráter sucessivo, confirmando o deferimento do efeito suspensivo, reformar a decisão agravada de f. 46/50-TJ, a qual, nos autos da ação civil pública com pedido de liminar para internação de M.R.S.S., deferiu em parte o pedido de antecipação de tutela para determinar que o agravante providencie, no prazo de 10 dias, a disponibilização de 01 vaga em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, com a consequente transferência da execução penal, disponibilização de abrigo e tratamento, sob pena de incorrer em multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), limitada ao montante de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em caso de descumprimento da ordem.

Em suas razões recursais, pugna ainda o agravante pela nulidade absoluta da decisão agravada, por incompetência do Juízo Cível para tratar de questões relativas à execução da pena de competência privativa da jurisdição penal, aduzindo que a matéria não é de natureza cível, mas estritamente de caráter penal, relativa à execução de medida de segurança aplicada à inimputável que pratica tentativa de homicídio, pois, na forma do art. 1º do CPC, a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.

Aduz ainda que o art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/1992 estabelece que não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, sem evidente, no caso, uma vez que somente foram formulados pedidos liminares, que a decisão liminar esgotou por completo o objeto da lide, nada havendo a ser deferido quando da prolação da sentença após defesa e instrução probatória. É o que basta para a reforma da decisão agravada, segundo entendimento que vem sendo prestigiado pela jurisprudência construída na hipótese análoga de transferência de detentos sob pena de multa.

Contudo, vejo razão plausível para socorrer a súplica, haja vista a ocorrência de fato novo após a interposição do presente recurso, fato que, no dia 31.08.2010, foi publicado acórdão da egrégia 3ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça da relatoria do eminente Desembargador Dídimo Inocêncio de Paula, que manteve decisão liminar proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias de Belo Horizonte que, em ação coletiva - portanto de efeitos metaindividuais -, havia negado liminar para obrigar o Estado de Minas Gerais a disponibilizar para todas as pessoas em cumprimento de medida de segurança no Estado vagas em estabelecimentos psiquiátricos adequados.

Tal fato ocorreu no Agravo de Instrumento nº 0167816-24.2010.8.13.0000, sendo agravante a Defensoria Pública estadual e agravado o Estado de Minas Gerais.

Tudo conforme explicitado às f. 148/151-TJ e f. 153/223-TJ e acórdão de f. 225/233-TJ.

Ora, veja que referido acórdão abrangeu a todos os portadores de sofrimento mental em regime de segurança, tendo sido um dos fundamentos também da egrégia 1ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, negando também provimento a outro agravo de instrumento versando sobre o mesmo tema, cujo acórdão foi publicado em 03.12.2010.

Todavia, vê-se que, no julgamento da egrégia 3ª Câmara Cível, a qual manteve o indeferimento da liminar para todos os apenados com medida de segurança, incluiu-se também M.R.S.S., objeto do presente recurso com o seu pedido de internação em hospital psiquiátrico.

Assim, para que se evitem decisões conflitantes, não há como deixar de levar em conta o presente fato novo, mormente com relação ao pronunciamento de 2ª instância, que entendeu que M.R.S.S. também não tem direito a internação em estabelecimento de saúde mental, tendo em vista que aquela decisão abrangeu a todos os portadores de transtorno mental.

Todavia, vê-se que, ainda que a obrigação de disponibilização de vaga em hospital psiquiátrico não esteja entre as causas restritivas da antecipação dos efeitos da tutela, o deferimento para transferência e tratamento de M.R.S.S. não poderá ser realizado, tendo em vista a decisão daquela egrégia 3º Câmara Cível deste Tribunal de Justiça

Veja as seguintes jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil e tributário. Recurso especial. Fato superveniente. Alegação de violação ao artigo 462 do CPC, não apreciada na instância de origem. Omissão. Configurada a ofensa ao art. 535 do CPC. - O fato superveniente a que se refere o art. 462, do CPC, pode surgir até o último pronunciamento de mérito, inclusive em embargos de declaração, obstando a ocorrência da omissão. Precedentes do STJ; REsp nº 434.797/MS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* de 10.02.2003, p. 221; REsp 734598/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 19/05/2005, p. 442; REsp 325024/SC, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, *DJ* de 1º.04.2002. Recurso Especial nº 1.071891/SP. Rel. Ministro Luiz Fux.

A prestação jurisdicional judicial deve ser dada com observância do estado de fato em que se encontra a causa ou recurso.

Não poderá o Relator de recurso desconsiderar fato superveniente que influa no julgamento do recurso, mormente quando comprovada nos autos recursais a existência daquele referido fato.

Havendo o Tribunal já se pronunciado sobre o mérito do presente agravo de instrumento, não há como deixar de levar em conta o pronunciamento de 2ª (segunda) instância, que entendeu não ter o agravante direito à internação em estabelecimento de saúde mental.

Todo membro integrante do Tribunal deve zelar pela soberania e unicidade de suas decisões, visto que eventuais decisões conflitantes não só desacreditam o Poder Judiciário, como também trazem intranquilidade aos jurisdicionados.

Provimento do agravo que se impõe.

Por tais fundamentos, mormente em face do fato novo após a interposição do presente recurso é que ao agravo dou provimento.

DES. PEIXOTO HENRIQUES - De acordo.

O SR. DES. WANDER MAROTTA - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Licença-maternidade - Prorrogação - Lei Federal nº 11.770/2008 - Necessidade de lei específica

Ementa: Licença-maternidade. Prorrogação. Lei Federal nº 11.770/2008. Necessidade de lei específica.

- A Lei Federal nº 11.770/2008, lei criadora do Programa Empresa Cidadã, possibilitou à Administração Pública que adotasse a prorrogação da licença-maternidade pelo prazo de 60 dias. Ou seja, cuidando-se de autorização cabe ao ente público implementar ou não o direito através de sua inclusão no ordenamento jurídico, o que não teria ocorrido no Estado de Minas Gerais à época do pedido administrativo. Precedentes deste Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0231.10.009531-5/001 - Comarca de Ribeirão das Neves - Apelante: Elisana

Nascimento Santos - Apelado: Município Ribeirão das Neves - Autoridade coatora: Superintendente de Recursos Humanos de Ribeirão das Neves - Relatora: DES.ª MARIA ELZA

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, 3 de fevereiro de 2011. - *Maria Elza* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª MARIA ELZA - Trata-se de mandado de segurança impetrado contra Superintendente de Recursos Humanos da Prefeitura de Ribeirão das Neves em que Elisana Nascimento Santos, servidora pública municipal, pleiteia a prorrogação da sua licença-maternidade para 180 dias, com fundamento na Lei Federal nº 11.770/2008.

A sentença de f. 38/42 indeferiu a inicial, com fundamento no art. 10 da Lei 12.016/09, ante a ausência de legislação municipal específica acerca do tema.

Inconformada, a autora interpôs recurso, f. 44/57, aduzindo, em síntese, que a Lei 11.770/08 se aplica à impetrante, haja vista o disposto em seu art. 2º, configurando seu direito líquido e certo. Argumenta ainda que a licença-maternidade é direito garantido constitucionalmente, aplicável à servidora. Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

A DD. Procuradoria de Justiça manifestou-se às f. 65/71.

Eis o relato dos fatos relevantes. Passa-se a decidir.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso de apelação interposto.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a impetrante é servidora pública municipal, regida pelo regime estatutário.

Lado outro, a Lei Federal nº 11.770/2008, criadora do Programa Empresa Cidadã, possibilitou à Administração Pública que adotasse a prorrogação da licença-maternidade pelo prazo de 60 dias, veja-se:

> Art. 2º É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.

Ou seja, cuidando-se de autorização, cabe ao ente público implementar ou não o direito através de sua inclusão no ordenamento jurídico, o que não ocorreu até o presente momento no Município de Ribeirão das Neves. Isso, em razão da autonomia dos entes federativos conferida pela CR/88.

Nesse ponto, necessário destacar lição doutrinária acerca do direito líquido e certo:

> Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*, 26. ed., atualizado por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. Editora Malheiros, p. 36/37).

Desse modo, tal como exposto na sentença de primeiro grau, não restou configurado o direito líquido e certo da impetrante, ante a ausência de legislação municipal específica sobre a matéria.

Nesse sentido, a matéria tem sido decidida neste Tribunal de Justiça:

> Ementa: Agravo de instrumento. Indeferimento de liminar em mandado de segurança. Requisitos não existentes. Servidora estadual. Prorrogação da licença-maternidade. Fundamento. Lei Federal nº 11.770/08. Inadmissibilidade. Falta de norma estadual. - Mantém-se a decisão de primeiro grau, que, em mandado de segurança, indeferiu pedido de liminar formulado por servidora estadual, visando à prorrogação da licença- maternidade, com base na Lei Federal nº 11.770/08, à falta dos requisitos legais. Recurso não provido (TJMG, 4ª Câmara Cível, AI 1.0223.09.291752-3/001, Rel. Des. Almeida Melo, julgado em 14.01.2010, *DJe* de 18.01.2010).

> Ementa: Licença-maternidade. Prorrogação. Lei Federal nº 11.770/2008. Não aplicação às servidoras da Administração Pública e suas fundações. - A Lei Federal nº 11.770/2008 não impõe à Administração Pública, direta, indireta e fundacional, a obrigação de conceder prorrogação de licença-maternidade, apenas a autoriza a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras (TJMG, 6ª Câmara Cível, AI 1.0024.09.653725-3/001, Rel. Des. Maurício Barros, j. em 27.10.2009, *DJe* de 15.01.2010).

> Ementa: Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Licença-maternidade. Prorrogação. Indeferimento da medida liminar. Requisitos não demonstrados. Decisão mantida. - Deve ser mantida a decisão de primeiro grau que indeferiu a medida liminar no mandado de segurança impetrado com o objetivo de prorrogação da licença-maternidade no âmbito estadual, deixando a impetrante de demonstrar o *fumus boni iuris*, na medida em que, até o momento, não editado qualquer ato normativo que possa fundamentar o pedido autoral (TJMG, 8ª Câmara Cível, AI 1.0024.09.648956-2/001, Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. em 28.01.2010, *DJe* de 13.04.2010).

Diante do exposto, com respaldo no princípio da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal) e no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do Código de Processo Civil), nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a sentença de primeiro grau.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MANUEL SARAMAGO e MAURO SOARES DE FREITAS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Doente mental - Internação psiquiátrica - Incapaz abandonado - Risco de morte - Art. 4º da Lei nº 10.216/01

Ementa: Agravo de instrumento. Internação psiquiátrica. Doença mental grave. Incapaz abandonado. Risco de morte.

- Nos termos do art. 4º da Lei nº 10.216/01, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, a internação psiquiátrica será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. Recurso conhecido, mas não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0056.10.011182-4/001 - Comarca de Barbacena - Agravante: Demasp - Departamento Municipal de Saúde Pública - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de março de 2011. - *Albergaria Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de f. 119/121-TJ, que deferiu a tutela antecipada pelo agravado e determinou o custeio de tratamento psiquiátrico contínuo do Sr. Rubens Manoel Mendes.

O agravante sustentou, em síntese, que, desde a edição da Lei nº 10.216/2001, o atendimento das pessoas portadoras de transtornos mentais deve ser realizado preferencialmente através de recursos extra-hospitalares.

Afirmou que, embora a família do Sr. Rubens Manoel Mendes não se esforce para aproximação, não há relatos sobre seu comportamento quando utiliza o medicamento prescrito, que, desde 2002, vem estabilizando seu estado.

Pela decisão de f. 128/129-TJ, foi indeferido o efeito suspensivo.

Contraminuta às f. 151/159-TJ.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 161/166, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conhecido o recurso, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, representando Rubens Manoel Mendes, pessoa absolutamente incapaz, portadora de doença psiquiátrica crônica, ajuizou a presente ação, visando à sua internação.

Do exame sumário das provas produzidas, verifica-se que o incapaz é portador de doença mental grave e necessita de tratamento psiquiátrico contínuo e acompanhamento por tempo integral, pois não é suficiente o tratamento extra-hospitalar.

Afinal, o interditado reside sozinho em um barraco praticamente inabitável, foi abandonado por seus parentes e, em razão de seus constantes delírios, corre risco de auto lesão e morte.

Ressalte-se que o art. 196 da CR/88, ao dispor solenemente que "a saúde é direito de todos e dever do Estado", destacou uma obrigação precípua do poder público para com a efetivação desse direito.

Está implícito nesse dever a ultimação, pelo Estado, de prestações positivas, a começar pela adoção de políticas públicas que busquem a efetivação desse direito, até a realização de providências indispensáveis para a sua concretização.

Reconhece-se que, por se tratar de recursos públicos, a efetivação desse direito esbarra no reconhecimento da efetiva disponibilidade, pelo Estado, de recursos materiais e humanos para serem alocados na área da saúde, em detrimento dos demais direitos sociais prestacionais - tais como a educação, a moradia, a assistência social -, o que se apresenta como limite fático relevante submetido ao que se denominou "reserva do possível".

Além disso, existe a submissão a uma "reserva parlamentar em matéria orçamentária", pois a competência para decidir sobre a alocação desses recursos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios

constitucionais da democracia e da separação dos Poderes.

Por isso, venho firmando entendimento no sentido de que, na defesa do direito social à saúde, não se podem olvidar as políticas públicas, a escassez de recursos e, inclusive, o princípio da isonomia, pois determinar uma medida que não seja realmente exigível ou necessária ao mínimo existencial, havendo meio alternativo menos gravoso para se chegar ao mesmo resultado, fere o princípio da razoabilidade e prejudica, ainda que indiretamente, outros indivíduos que igualmente dependem dos recursos públicos para satisfação de seus direitos.

Contudo, na hipótese fática analisada, a internação em hospital psiquiátrico é medida indispensável e única para garantir não apenas a dignidade, como a própria vida do incapaz.

E, nos termos do art. 4º da Lei nº 10.216/01, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadores de transtornos mentais, "a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes".

É exatamente o caso dos autos, pois o representado não se mostra capaz sequer de ministrar os medicamentos que lhe são prescritos, dada a situação de abandono em que se encontra.

Dessa feita, nego provimento ao recurso.

Isento de custas o agravante.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ELIAS CAMILO e KILDARE CARVALHO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Obra pública - Canalização - Serviço inadequado e ineficiente - Chuva - Enchente e desmoronamento - Perda do lote, da casa e dos bens móveis - Nexo causal demonstrado - Indenização moral e material devida - Valor - Critério de fixação - Razoabilidade - Manutenção

Ementa: Indenização. Danos materiais e morais. Imóvel. Chuvas. Invasão. Obras de serviço público. Desmoronamento. Prova. Procedência.

- Provado o nexo de causalidade entre a conduta do ente público e os prejuízos apontados, é de se julgar procedente o pedido de indenização para reparação de danos ocasionados em imóvel por invasão de águas decorrente da colocação de manilhas insuficientes à drenagem de riacho próximo.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0042.06.014280-1/001 - Comarca de Arcos - Apelante: Município de Pains - Apelada: Bruna Aparecida Pacheco - 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, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 3 de março de 2011. - *Almeida Melo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALMEIDA MELO - Conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

A sentença de f. 254/261-TJ julgou procedentes os pedidos iniciais, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos materiais e morais à autora, com incidência de correção monetária e juros de mora sobre os valores.

O apelante, nas razões de f. 262/273-TJ, alega não reunir qualquer responsabilidade na espécie. Diz que os fatos ocorreram por conta exclusivamente das fortes chuvas, situação caracterizadora de força maior, excludente do dever de indenizar. Sustenta haver no máximo culpa concorrente, considerado o estado de conservação do imóvel desmoronado. Aduz inexistir prova do nexo de causalidade. Afirma que o art. 37, § 6º, da Constituição da República só pode ser aproveitado em casos de conduta comissiva do ente público, pelo que, em havendo omissão, é aplicável a responsabilidade subjetiva, nos termos dos arts. 43, 186 e 927 do Código Civil. Tem por ausente a prova de sua culpa ou dolo. Salienta ser excessivo o *quantum* dos danos morais arbitrado, o qual não atenderia ao princípio da razoabilidade. Sustenta ser aplicável ao caso o art. 1º-F da Lei federal nº 9.494/97, na redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Esta ação indenizatória foi apresentada por Lúcia Machado e sua filha contra o Município de Pains, fundadas na responsabilidade deste pelos danos materiais sofridos, consistentes na perda do lote, da construção da casa e bens móveis, além dos danos morais, visto que destruídos pela invasão das águas da chuva, represadas por conta da colocação malplanejada de manilhas de diâmetro insuficiente para drenar a passagem de riacho próximo.

Observo que a primeira autora faleceu no curso do processo (f. 231-TJ).

A perícia oficial, embora elaborada (agosto/07) muito após os fatos narrados (dezembro/04), inclusive quando já realizada obra de canalização no local pelo apelante (dezembro/05), não deixa dúvida quanto à configuração de responsabilidade do ente público pelos danos havidos na espécie.

Induvidoso que tais danos se deram em decorrência da execução das referidas obras.

O recorrente, em contestação, admitiu a execução de serviços na região à época e que, no entanto, não teriam provocado qualquer influência no aludido evento.

Extrai-se do laudo pericial a afirmação de que as chuvas no dia dos fatos não ocorreram fora do padrão, embora em mês de dezembro, durante o qual normalmente se registram índices pluviométricos acentuados (f. 210-TJ).

A canalização realizada pelo recorrente posteriormente ao evento narrado, que, segundo relatos, teria resolvido o problema no local, deixa sinais de que inadequado e insuficiente o serviço antes executado pelo recorrente.

Provado está o nexo de causalidade entre a conduta do apelante e os danos apontados.

Observo que a espécie trata da responsabilidade objetiva, prevista no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, uma vez que o dano foi causado por atuação de agente público.

Nesse sentido ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (no seu *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 448/449):

> [...] De fato, na hipótese cogitada o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano e não causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que se houvera ocorrido teria impedido o resultado.
> É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estivesse de direito obrigado a impedi-los.

A responsabilidade que decorre de omissões é subjetiva e requer a comprovação de culpa ou dolo.

Rui Stocco anota que:

> Consiste a responsabilidade subjetiva na obrigação do Estado em indenizar em razão de um procedimento contrário ao Direito, de natureza culposa ou dolosa, traduzido por um dano causado a outrem, ou em deixar de impedi-lo, quando deverá assim proceder.

Exige-se para a configuração da responsabilidade subjetiva o exame e a comprovação da existência de culpa ou dolo e ainda que a conduta seja considerada contrária ao direito, diversamente do que ocorre em caso de responsabilidade objetiva, que dispensa a presença do elemento psíquico, bem como pode se apresentar mesmo que a conduta seja lícita, mas desde que ofenda a isonomia.

Nada se produziu que demonstrasse com segurança a existência da alegada culpa concorrente.

O apelante diz ser excessivo o valor dos danos morais.

É reiterada a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que

> não se exige no dano moral a prova do prejuízo, mas, sim, a prova do fato que ensejou a dor, o sofrimento, que caracterizam o dano moral. É o fato em si mesmo que acarreta as conseqüências que autorizam o deferimento do dano moral [...] (REsp nº 86.271/SP, Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* de 09.12.1997).

O dano moral decorre do fato que acarreta manifesto sofrimento íntimo, sendo dispensável a prova da amargura, por advir das regras de experiência comum (CPC, arts. 334, I, e 335).

Caio Mário da Silva Pereira ensinou que "na ausência de um padrão ou de uma contra prestação, que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização" (*Da responsabilidade civil*. 5. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 317 e 318).

Trata-se de pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material (MAZEAUD & MAZEAUD, *Responsabilité civile*, v. I, nº 419).

A sanção pecuniária, em forma de indenização por dano moral, não pode ser assimilada como fonte de enriquecimento do indenizado, como também não deve se transformar em veículo de incentivo à recalcitrância do responsável pela reparação.

Portanto, entendo razoável a fixação do valor de indenização de R$ 8.500,00 em favor da apelada, por se tratar de quantia que lhe dará a condição de obter uma satisfação que amenize a amargura sofrida em razão dos fatos indicados.

O *quantum* atende ao princípio da proporcionalidade.

Anoto, por fim, não incidir a regra contida no 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, pois a presente ação foi proposta em janeiro de 2006.

Por ter natureza de norma instrumental material, com reflexos na esfera jurídico-material das partes, aquela regra não se aplica aos processos iniciados anteriormente à sua vigência.

Logo, subsistem os fundamentos da sentença quanto à responsabilidade do réu, à identificação e extensão dos danos e ao arbitramento da indenização.

Nego provimento à apelação.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AUDEBERT DELAGE e HELOÍSA COMBAT.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Direito processual civil - Conversão de agravo de instrumento em agravo retido - Interposição de agravo regimental - Impossibilidade - Art. 527, parágrafo único, do CPC, com redação dada pela Lei 11.187/2005 - Não conhecimento do recurso

Ementa: Agravo regimental. Agravo de instrumento convertido em retido. Decisão irrecorrível.

- A Lei nº 11.187/2005 sepultou quaisquer controvérsias acerca da (im)possibilidade de interposição de agravo regimental, nas hipóteses de conversão do agravo de instrumento em retido.

Recurso não conhecido.

AGRAVO REGIMENTAL CÍVEL Nº 1.0433.10.017925-1/002 - Comarca de Montes Claros - Agravante: Luciane Antunes Vieira - Agravado: Universidade Estadual de Montes Claros - Relator: DES. KILDARE CARVALHO

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 RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2011. - *Kildare Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. KILDARE CARVALHO - (Procede à leitura da decisão agravada.)

Mantenho a decisão pelos fundamentos nela expendidos.

DES. SILAS VIEIRA - Trata-se de agravo regimental manejado por Luciane Antunes Vieira contra a r. decisão monocrática de f. 78/79-TJ, via da qual o eminente Relator, Desembargador Kildare Carvalho, indeferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, em consequência, 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.

Com efeito, a 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:
> I - [...]
> 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.)

Com essas colocações, não conheço do recurso.
Sem custas.
É como voto.

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - De acordo.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

...

Reintegração de posse - Imóvel rural - Condomínio - Área certa e determinada - Não configuração - Art. 927 do CPC - Requisitos - Ausência

Ementa: Reintegração de posse. Imóvel rural. Condomínio. Área certa e determinada. Não configuração. Art. 927 do CPC. Requisitos. Ausência.

- Até que se defina a divisão da coisa comum, todos os condôminos possuem apenas uma parte ideal do imóvel, não parcelas individualizadas, sendo defeso concluir que os réus estariam esbulhando a própria posse, ou que o autor teria direito à proteção possessória sobre uma área específica.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0142.08.022446-2/001 - Comarca de Carmo do Cajuru - Apelante: José Gontijo de Souza Marra - Apelados: Antônio Geraldo de Oliveira e outro - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2011. - *Guilherme Luciano Baeta Nunes* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelos apelados, o Dr. Henrique Dias Rabelo.

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - Trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada por José Gontijo de Souza Marra em desfavor de Antônio Geraldo de Oliveira e s/m, Eliane Nogueira Gonçalves Oliveira.

Alega o autor, em síntese, que há mais de 5 (cinco) anos é possuidor direto de uma gleba de terras, localizada na "Fazenda da Mata", cuja área total é de 411,88,52 ha; que a gleba de terras foi arrematada pelo antigo Banco Bamerindus do Brasil S.A., na data de 24.06.99, conforme o auto de arrematação extraído do processo nº 142.03.003623-0, no qual figuravam como partes o referido banco (autor) e o pai do ora requerente, Jadir Marra Nogueira e outros (réus); que, em junho de 2008, os ora réus adquiriram 1/18 dos 411,88,52 ha da referida "Fazenda da Mata"; que, no dia 14.08.08, os ora réus apossaram-se da gleba rural sobre a qual o autor exerce posse direta, tendo lá edificado uma cerca; que, segundo a mãe do autor, já tramitou em juízo uma ação de extinção de condomínio, da área total da "Fazenda da Mata", a partir da qual se extraiu o mapa de divisão carreado com a petição inicial, onde constam todos os proprietários, inclusive a área objeto desta ação reintegratória.

Intimado a emendar a petição inicial, o autor informou que detém a posse direta sobre toda a área que o Banco Bamerindus arrematou, ou seja, 86,5997 ha (f. 19).

Citados, os réus apresentaram a contestação de f. 32/45. Suscitam preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e de falta de interesse processual, sob o fundamento de que a área total da "Fazenda da Mata" pertence a vários proprietários, formando um condomínio, pelo que impossível falar em posse do autor sobre determinada área ou gleba. No mérito, afirmam que não existe delimitação de área do Banco Bamerindus, assim como de nenhum outro proprietário, já que nunca houve ação de divisão e extinção de condomínio; que, pela certidão de inteiro teor do imóvel objeto da lide, verifica-se que nunca existiu ação de divisão e extinção de condomínio; que o mapa de f. 14 não tem nenhuma validade sob o ponto de vista legal; que, por se tratar de um imóvel em comum, não há que se falar em posse direta

sobre determinada gleba, haja vista que se trata de um imóvel indivisível até o momento; que, em virtude da grande animosidade e agressividade do Sr. Arsênio, suposto arrendatário das terras, os réus edificaram uma cerca, delimitando parte do imóvel, a fim de preservarem os seus semoventes; que, no entanto, os réus em momento algum trancaram a porteira da área cercada em caráter provisório, até que se divida igualmente o imóvel em questão; que, a despeito da existência das cercas, a gleba continua comum ou em condomínio; que os réus cercaram área compatível com aquela por eles adquirida, para nela produzirem, levando em conta a função social da propriedade, princípio este que não era respeitado pelo autor nem pelo suposto arrendatário das terras.

Pela sentença de f. 118/124, o pedido foi julgado improcedente, condenando-se o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em R$2.000,00, mas suspensa a exigibilidade da cobrança, nos termos do art. 12, da Lei nº 1.060/50.

Recurso de apelação, pelo autor, às f. 129/131. Sustenta que, assim como o apelado, é proprietário de fração de um todo do imóvel; que o apelado, sem que manejasse ação adequada para resguardar a área que era sua por direito, entendeu por bem cercar determinada área, sem chamar os demais condôminos; que o direito de exercer a copropriedade não autoriza a edificação de cerca em determinada área do imóvel em comum; que a sentença causa insegurança jurídica quanto ao exercício do direito de propriedade na área comum.

Contrarrazões às f. 135/139.

Conheço do recurso, visto que próprio, tempestivo e dispensado de preparo (f. 24).

José Gontijo de Souza Marra propôs ação de reintegração de posse em desfavor de Antônio Geraldo de Oliveira e s/m, Eliane Nogueira Gonçalves Oliveira, alegando ser possuidor de uma parte de terras localizada na "Fazenda da Mata", no Município de Carmo do Cajuru, Minas Gerais, medindo 86,5997ha - dentro de uma área total de 411,88,52ha -, esbulhada pelos réus em 14.08.08.

O douto Juiz singular julgou improcedente o pedido, destacando-se a seguinte fundamentação:

a) "os requeridos não praticaram o esbulho possessório noticiado pelo autor, mas no estrito exercício regular de direito legitimamente reconhecido (propriedade) e dentro dos limites da legalidade" (f. 121);

b) "mesmo que assim não fosse, não cabe pretensão possessória de um condômino contra outro, em razão da ausência de demarcação de áreas, estando a propriedade totalmente em comum" (f. 122).

No presente recurso, o autor apelante assevera que as provas dos autos comprovam as alegações da petição inicial, devendo ser concedida a proteção possessória requerida e afastado o ato ilegal praticado pelos apelados.

Tratando-se de ação de reintegração de posse, incumbe ao autor provar, nos termos do art. 927 do CPC:

> 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.

No caso, restou demonstrado que o imóvel objeto da lide se insere dentro de uma área maior de 411,88,52ha, relativa à "Fazenda da Mata", matriculada sob o nº 3.097 do C.R.I. da Comarca de Carmo do Cajuru, sobre a qual se estabelece um condomínio de copossuidores.

A realidade supra é atestada pela certidão imobiliária de f. 09/12-v., como também pelo depoimento de testemunhas, se não vejamos:

> não sabe dizer exatamente qual a área que está sendo discutida por ambas as partes [...]; não sabe dizer se a área que o autor tem a posse foi demarcada; sabe dizer que a área que pertencia a José Saraiva não estava demarcada, estando tudo em comum (f. 89);
> ficou sabendo que os requeridos adquiriram uma área nessa fazenda, não sabendo dizer se é a mesma utilizada pelo autor, porque 'tudo está em comum' (f. 92).

Forçoso observar que a presente ação não traz como causa de pedir a moléstia à posse dos condôminos, a partir da edificação de uma cerca pelos apelados.

Confrontando-se a petição inicial com as razões da apelação, percebe-se que nesta última o autor apelante procura alterar o foco da pretensão inicialmente deduzida, qual seja, a proteção de suposta posse sua sobre determinada área do imóvel.

Nesse particular, entendemos que razão não lhe assiste.

Considerando que sobre a "Fazenda da Mata" se estabelece um condomínio - não restou provada a alegação da petição inicial, de que já teria havido ação de extinção e divisão do imóvel -, tem-se por impossível demarcar o local certo e determinado que corresponderia à parte do autor da presente ação reintegratória.

Na composse, duas ou mais pessoas detêm a mesma coisa, no mesmo grau, cessando o condomínio somente pela divisão da coisa comum, não cabendo a ação possessória de um condômino contra outro.

Nesse sentido:

> Configurada a composse, um dos condôminos ou possuidores não pode pretender a declaração de posse da totalidade da área comum. (TJMG - Ap. 2.0000.00.469089-3/000 - 12ª C. Cív. - Rel. Des. José Flávio de Almeida - j. em 11.06.05.)

Provado que os réus adquiriram 1/18 da área total da "Fazenda da Mata", conforme o R-42 da matrícula imobiliária nº 3.097 (f. 12-v.), passaram eles à condição de condôminos da área total, podendo lá exercer as faculdades inerentes ao direito de propriedade (art. 1.228 do Código Civil), sem a caracterização do esbulho alegado pelo autor.

Assim, até que se defina a divisão da coisa comum, todos os condôminos possuem apenas uma parte ideal do imóvel, não parcelas individualizadas, sendo defeso concluir que os apelados estariam usurpando ou esbulhando a própria posse.

Nesse contexto, mostra-se inviável o acolhimento da pretensão possessória reclamada pelo autor da demanda, devendo a eventual proteção ao direito dos condôminos como um todo ser dirimida em ação com causa de pedir e pedido próprios.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante, mas suspensa a exigibilidade da cobrança, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

DES. MOTA E SILVA - De acordo com o Des. Relator.

DES. ARNALDO MACIEL - De acordo com o Des. Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

IPTU - Cobrança do espólio e sucessoras - Partilha homologada - Impossibilidade - Art. 131, II e III, do Código Tributário Nacional - Inteligência - Sucessoras coproprietárias e copossuidoras - Execução fiscal - Redirecionamento - Art. 4º, I, Lei de Execução Fiscal - Aplicação

Ementa: Agravo de instrumento. Tributário. Exceção de pré-executividade. IPTU cobrado do espólio. Substituição pelas sucessoras. Partilha homologada. Impossibilidade. Legitimidade passiva das sucessoras, porém, enquanto coproprietárias ou copossuidoras. Recurso parcialmente provido.

- Por força do art. 131, II e III, do CTN, nem o espólio do contribuinte, nem tampouco suas sucessoras respondem por tributo cujo fato gerador se deu bem depois do falecimento e do trânsito em julgado da homologação da partilha, notadamente quando o ente tributante há muito teve ciência daquele (do óbito) e desta (da sentença homologatória).

- Comprovado, porém, que tais sucessoras são também coproprietárias ou copossuidoras dos imóveis, têm elas legitimidade para responder pelos impostos sobre eles incidentes, não em substituição processual enquanto sucessoras a qualquer título (art. 4º, VI, LEF), mas por força do redirecionamento da execução fiscal às devedoras (art. 4º, I, LEF).

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0287.06.028329-1/001 - Comarca de Guaxupé - Agravante: Maria de Fátima Flores Mancini - Agravada: Fazenda Pública do Município de Guaxupé - 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 Wander Marotta, 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, 29 de março de 2011. - *Peixoto Henriques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEIXOTO HENRIQUES - Conforme se infere do relatório lançado aos autos, insurge-se Maria de Fátima Flores Mancini, via agravo de instrumento, contra decisão que, exarada nos autos da "ação de execução fiscal" ajuizada pela Fazenda Pública do Município de Guaxupé em face do espólio de Olga Mancini, rejeitou a exceção de pré-executividade ofertada pela ora agravante e deferiu a substituição processual, passando a constar no polo passivo da execução a agravante e sua irmã Maria Aparecida Flores Mancini.

Em síntese, aduz a agravante: que o lançamento do IPTU é realizado de ofício pelo agente público competente, sem qualquer ajuda do sujeito passivo, ao qual cabe verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante devido, identificar o sujeito passivo e promover sua notificação; que o sujeito passivo não tem a obrigação de atualizar os dados cadastrais na Prefeitura, devendo o próprio ente diligenciar junto às Serventias Registrais Imobiliárias e de pessoas naturais para identificar o sujeito passivo; que o processo executivo fiscal fora proposto em outubro de 2006 em face do espólio de Olga Mancini, falecida em 1999, tendo sido o formal de partilha homologado em 15 de maio de 2000, transitando livremente em julgado

e devidamente registrado no Serviço Registral Imobiliário; que a execução fiscal deve ser ajuizada em face dos sucessores de Olga Mancini; e que o vício que impede a formação da relação processual traz a reboque a inexistência de citação válida e de todos os atos processuais praticados, inclusive o efeito de interrupção da prescrição da cobrança do crédito tributário, que corre desde a notificação do lançamento, restando prescritos todos os tributos cobrados na execução fiscal.

Além do efeito suspensivo, requer a reforma da decisão para "declarar inválida a citação da inventariante do Espólio de Olga Mancini, em decorrência da partilha homologada e extinção da representação do espólio e a consequente carência de ação por ausência de parte demandada"; por fim, requereu os benefícios da justiça gratuita.

Bem instruído o agravo.

Indeferi o efeito suspensivo pleiteado e deferi a justiça gratuita.

Prestadas as informações requisitadas.

Não se ofertou contraminuta.

Desnecessária a oitiva da d. PGJ/MG (Súmula nº 189 / STJ).

Além de admissível, reputo parcialmente procedente o agravo.

Vejamos o que os autos deste agravo nos revelam.

Em outubro de 2006, a agravada ajuizou execução fiscal contra o espólio de Olga Mancini, cobrando-lhe R$ 5.918,54 pelos IPTUs do exercício 2005 dos imóveis situados na R. João Pessoa s/nº e na R. Mancini nº 91, ambos em Guaxupé (f. 10/16-TJ).

Feita a penhora parcial do primeiro imóvel em dezembro de 2009 (f. 53/54-TJ), pediu a agravada a expedição de precatória para intimação do representante legal do espólio (f. 56-TJ).

Em fevereiro de 2010, a agravante apresentou exceção de pré-executividade requerendo que, em virtude da homologação e trânsito em julgado da sentença homologatória da partilha em maio de 2000,

> seja julgada a presente execução fiscal improcedente por inexistência de pressuposto processual subjetivo de existência, qual seja capacidade para figurar como parte do não mais existente Espólio de Olga Mancini e a consequente extinção do feito (f. 59-TJ).

Ouvida, a agravada se opôs à extinção por ilegitimidade passiva do espólio, argumentando não poder ser prejudicada pela inércia da inventariante no providenciar a atualização do cadastro municipal, tendo, alternativamente, defendido o prosseguimento da execução contra as sucessoras da executada independentemente de emenda ou substituição da CDA (f. 82/87-TJ).

Adveio, então, a decisão agravada nos seguintes termos:

> O fato de constar no polo passivo da execução o espólio de Olga Mancini, quando já homologada a partilha, não tem o condão de anular a execução. E assim se dá porque incumbiria às suas sucessoras, após a partilha, providenciar as modificações necessárias junto ao cadastro da Prefeitura Municipal de Guaxupé, pois é com base nas informações ali constantes que é lançado o IPTU.
> Rejeito, portanto, a exceção de pré-executividade interposta por Maria de Fátima Flores Mancini e defiro o pedido de substituição processual formulado pela exequente, passando a constar no polo passivo da execução Maria de Fátima Flores Mancini e Maria Aparecida Flores Mancini (f. 88-TJ).

Data venia, a procedência da exceção é irrefutável.

É que, como determina nosso vigente Código Tributário Nacional:

> Art. 131. São pessoalmente responsáveis:
> [...]
> II - o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação;
> III - o espólio, pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da abertura da sucessão.

Em razão disso, já assentou este eg. TJMG:

> O espólio é responsável pelos tributos devidos pelo autor da herança até a abertura da sucessão. Sendo os tributos cobrados constituídos entre a data da abertura da sucessão e a partilha ou adjudicação, a responsabilidade pelo seu pagamento é do sucessor a qualquer título, limitada ao montante do seu quinhão. (AC nº 1.0056.02.028848-8/001, 5ª CCív/TJMG, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, *DJ* de 16.02.2007 - ementa parcial.)

Em sendo assim, nem o espólio do contribuinte nem tampouco seus sucessores respondem por tributo cujo fato gerador se deu bem depois do falecimento e do trânsito em julgado da homologação da partilha, notadamente quando o ente tributante há muito teve ciência daquele (do óbito) e desta (da sentença homologatória).

Na espécie, fique certo, quer-se cobrar IPTUs do exercício de 2005 (f. 13/16-TJ) do espólio de contribuinte falecida aos 28.11.1999 (f. 65-TJ) e que teve a partilha de seus bens homologada por sentença prolatada aos 15.05.2000 (f. 80-TJ).

E, curial anotar, nem sequer socorre a agravada o argumento da incúria do contribuinte no zelar pela atualização dos dados cadastrais, em cumprimento ao art. 23 do Código Tributário do Município de Guaxupé. É que, além de a certidão negativa de débitos municipais aqui reproduzida à f. 72-TJ, emitida para fins de inventário pela Prefeitura de Guaxupé aos 09.12.1999, não deixar dúvida de que o óbito de Olga Mancini foi comunicado à agravada, a "Matrícula nº 19.612/CRI de Guaxupé" aqui reproduzida às f. 30/32-TJ e 62/64-TJ,

tornou público, em meados de 2001 e dada a força *erga omnes* de seu conteúdo, que o inventário de Olga Mancini já estava concluído. Definitivamente, ao menos desde o exercício de 2002, o espólio da falecida e suas sucessoras não poderiam mais figurar como devedoras de IPTUs.

Inexorável, dessarte, o reconhecimento da ilegitimidade do espólio de Olga Mancini ou mesmo de suas sucessoras para ocuparem o polo passivo tanto da relação tributária alusiva ao ITPU/2005 (contribuintes) quanto da relação processual da correspondente execução fiscal (executadas).

Sabendo-se que "o contribuinte do IPTU não é só o proprietário, mas também o titular do domínio útil ou o possuidor do bem (art. 34 do Código Tributário Nacional)" (AC nº 1.0105.07.211399-3/001, 2ª CCív/TJMG, Rel. Des. Brandão Teixeira, *DJ* de 26.11.2008) e que "a execução fiscal pode incidir contra o devedor ou contra o responsável tributário, não sendo necessário que conste o nome deste na certidão da dívida ativa" (*RTJ* 103/1.274 - no mesmo sentido: *RTJs* 102/823, 103/782, 105/334, 106/878, 115/786, 121/718, 122/438, 122/438, 122/448, 123/350, 123/1.208; STF-*RT* 626/248; *RSTJs* 59/162, 88/44, STJ-*RT* 721/290; *RTFR* 130/48; e *JTJ* 174/53), observo que as CDAs que servem de lastro à execução matriz identificam como "Contribuinte: Olga Mancini e Outros", e, a seu turno, a matrícula imobiliária dá conta de que, desde outubro de 1998, as irmãs Maria de Fátima (a agravante) e Maria Aparecida Flores Mancini já eram coproprietárias do imóvel situado na R. João Pessoa (5% dele herdados do tio Jerônimo Madureira Mancini e 25% herdados dos pais Geraldo Mancini e Neide Aparecida Flores Mancini), tendo ambas, a partir de julho/2001, adquirido outra parte (17,5% herdados da tia Mariana Mancini) e, como acima visto, finalmente se tornaram coproprietárias da totalidade do imóvel a partir de meados de 2001 (herdando a parte remanescente que era da tia Olga Mancini).

Nesse contexto, tenho que o provimento deste agravo só é possível para excluir o espólio de Olga Mancini e suas sucessoras da execução matriz, a ser extinta somente em relação a elas, sem inviabilizar, contudo, o seu redirecionamento contra as coproprietárias ou mesmo copossuidoras dos imóveis tributados, o que justificaria, assim, a legitimidade das irmãs Flores Mancini para figurarem no polo passivo daquela demanda.

Logo, a despeito de inexistente nestes autos qualquer prova que permita verificar a situação do imóvel da R. Mancini nº 91 no fólio real (o mesmo nem sequer foi objeto de partilha no inventário de Olga Mancini), é possível concluir, com base na matrícula do outro imóvel (o da R. João Pessoa), que a agravante e sua irmã, por razão diversa (não a substituição processual do espólio pelas sucessoras, mas o redirecionamento da execução às mesmas enquanto coproprietárias ou copossuidoras), devem mesmo ocupar o posto de executadas na execução originária.

Em resumo, comprovado que as sucessoras são também coproprietárias ou copossuidoras dos imóveis, têm elas legitimidade para responder pelos tributos sobre eles incidentes, não em substituição processual enquanto sucessoras a qualquer título (art. 4º, VI, LEF), mas por força do redirecionamento da execução fiscal às devedoras (art. 4º, I, LEF).

Para finalizar, cumpre registrar que, como nosso vigente CTN diz que o despacho judicial ordenador da citação em execução fiscal é marco interruptivo da prescrição (art. 174, I, Lei nº 5.172/66 - redação da LC nº 118/05), entendo que aquele aqui reproduzido à f. 18-TJ, datado de 27.10.2006, sinaliza a possibilidade concreta de que esteja atualmente prescrita a dívida objeto da ação matriz.

Isso posto, dou parcial provimento ao agravo para, julgando procedente a exceção de pré-executividade, excluir da originária execução fiscal tanto o espólio de Olga Mancini quanto suas duas sucessoras (as irmãs Maria de Fátima e Maria Aparecida Flores Mancini), porém, por razão diversa (não a substituição processual do espólio pelas sucessoras, mas o redirecionamento da execução às mesmas enquanto devedoras), mantenho as irmãs Flores Mancini no polo passivo da aludida demanda.

Custas, *ex lege* (Lei nº 1.060/50 e Lei nº 14.939/03).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WANDER MAROTTA e BELIZÁRIO DE LACERDA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Bem imóvel - Compra e venda - Registro - Ausência - Art. 1.245, *caput* e § 1º, do Código Civil - Execução fiscal - Ajuizamento - Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça - Embargos de terceiro fundados na posse - Admissibilidade - Penhora - Manifesta ilegalidade - Princípio da boa-fé do comprador - Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça

Ementa: Direito processual civil. Embargos de terceiro. Registro da compra e venda após a citação do devedor. Boa-fé do comprador. Súmula 84 do STJ. Impossibilidade de constrição do bem adquirido e não registrado.

- Pago o preço e exercida a posse do imóvel, deve ser protegido o direito pessoal do comprador, ainda que o contrato particular não tenha sido levado a registro, em homenagem ao princípio da boa-fé, nos termos da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0151.09.029599-0/001 - Comarca de Cássia - Apelante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Apelados: Lázara Arantes de Souza e seu marido, José Fernandes de Souza - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 28 de março de 2011. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de apelação contra sentença do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Cássia, que julgou procedentes os embargos de terceiro opostos por Lázara Arantes de Souza e José Fernandes de Souza à execução fiscal promovida pelo Estado de Minas Gerais contra José Donizete Rodrigues.

A sentença reconheceu que, embora não registrada a transferência de propriedade do imóvel penhorado no Cartório de Registro de Imóveis, os embargantes haviam adquirido o referido bem antes da constituição da dívida executada, e determinou a desconstituição da penhora. Por fim, por terem dado causa ao ajuizamento dos embargos, os embargantes foram condenados ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, fixados em R$1.000,00.

O apelante alega que somente a partir do registro do imóvel é que se adquire a propriedade do mesmo; que os apelados não comprovaram que o imóvel preenche os requisitos da Lei 8.009/90, para impedir a penhora; que, ainda que se trate de bem de família, o imóvel pode ser penhorado, em razão de a dívida ser tributária.

A escritura pública de compra e venda de f. 10/11 comprova que José Fernandes de Souza e sua mulher, Lázara Arantes de Souza, adquiriram, em 1º.09.1999, o imóvel penhorado, de diversas pessoas, entre as quais o executado, José Donizete Rodrigues.

Ocorre que a compra e venda não foi registrada no Cartório de Registro de Imóveis, de forma que, a princípio, e a teor do que dispõe o art. 1.245 do Código Civil, parte do imóvel ainda pertenceria a José Donizete Rodrigues, sujeito passivo da execução fiscal, sendo, portanto, cabível a penhora.

O referido artigo dispõe: "Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis".

E o parágrafo 1º esclarece: "Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel".

Daí, resta claro que a transferência de propriedade de bens imóveis somente se dá com o registro do título translativo. Mas a jurisprudência é firme, no sentido de que deve ser protegido o direito de propriedade de terceiro que adquiriu o bem imóvel antes do ajuizamento da execução, ainda que o bem não tenha sido registrado em cartório.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 84, segundo a qual "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 de registro".

No caso, a escritura de f. 10/11 deixa claro que os apelados realmente adquiriram o imóvel atingido pela penhora em 1999, muito antes do ajuizamento da execução fiscal, que se deu no ano de 2006. Assim, considerando que o bem penhorado não mais pertencia ao devedor quando do ajuizamento da execução fiscal, resta clara a ilegalidade da penhora.

Aliás, conforme decidiu o Juiz, a escritura pública de compra e venda "goza de presunção de veracidade e ela sequer foi objeto de impugnação específica pelo embargado" (f. 94).

O fato é que, pago o preço e exercida a posse do imóvel, deve ser protegido o direito pessoal do comprador, ainda que o contrato particular não tenha sido levado a registro, em homenagem ao princípio da boa-fé, nos termos da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, há que se dizer que não há notícia de que os tributos exigidos pelo Estado de Minas Gerais se enquadram no disposto no art. 130 do Código Tributário Nacional. Dessa forma, não há como falar em responsabilidade do adquirente do imóvel por tributos não recolhidos pelo antigo proprietário.

Resta prejudicada a discussão sobre a natureza do imóvel - se é bem de família, ou não.

Nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante; isento, por força de lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HELOÍSA COMBAT e ALMEIDA MELO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Dano material - Dano moral - Dano e nexo de causalidade - Inexistência - Responsabilidade civil - Não configuração - Culpa exclusiva da vítima - Indenização indevida - *Venire contra factum proprium* e autonomia da vontade - Participação ativa em programa de televisão tarifado - Violação a dispositivos legais - Não ocorrência

Ementa: Processual civil e civil. Apelação. Ação de indenização por danos material e moral. Dano e nexo de causalidade inexistentes. Responsabilidade civil. Não configuração. Art. 14, § 3º, inciso I, do CDC. Culpa exclusiva da vítima. Indenização. Não cabimento. *Venire contra factum proprium* e autonomia da vontade. Participação ativa em programa de TV tarifado e bem informado. Pedido de indenização improcedente. Violação a dispositivos legais. Inocorrência. Recurso conhecido e não provido.

- Se o telespectador participa ativamente de programa de TV, cujo custo foi bem informado, ele não pode alegar engodo para se ver ressarcido.

- A culpa exclusiva da vítima é excludente de responsabilidade que impede o nexo causal.

- Não demonstrados os pressupostos da responsabilidade civil, impõe-se a improcedência do pedido.

- O *venire contra factum proprium* consiste no exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente.

- Não há se falar em violação a dispositivos legais se não demonstrada expressamente pela conduta do agente.

Recurso conhecido e não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0071.07.031093-4/001 - Comarca de Boa Esperança - Apelante: Laryssa Paula Silva - Apelada: TV Ômega Ltda. / Rede TV - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de março de 2011. - *Márcia De Paoli Balbino* - Relatora.

Notas taquigráficas

Sessão do dia 27.01.2011

Produziu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Evandro de Souza Monteiro.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Ouvi com atenção as palavras do ilustre advogado e dei a devida atenção ao memorial que recebi.

Laryssa Paula Silva ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais contra TV Ômega Ltda. - Rede TV, alegando, em síntese: que a emissora transmite diariamente, nas madrugadas, um programa denominado Insônia, em que são realizados jogos com premiação que varia de R$ 1.000,00 (mil reais) a R$ 4.000,00 (quatro mil reais); que os telespectadores, para concorrerem ao prêmio, devem efetuar ligações para o número (014) (41) 8401-0203, do Paraná; que no dia 20.12.2006 efetuou diversas ligações para o referido número, objetivando acumular pontos e ganhar o prêmio anunciado de R$ 4.000,00 (quatro mil reais); que no dia seguinte foi informada de que fora a segunda concorrente a acumular o maior número de pontos, cabendo-lhe o prêmio de R$ 2.000,00 (dois mil reais); que, a pedido da emissora, voltou a ligar e falar em rede nacional com o número mencionado; que solicitaram seus dados bancários para efetuar o depósito relativo ao prêmio de R$ 2.000,00 (dois mil reais); que se encheu de expectativa e planejamentos para o uso do prêmio; que a emissora não depositou o valor do prêmio em sua conta; que a fatura de sua conta telefônica foi no valor de R$ 4.966,56, em decorrência das ligações feitas para o telefone da emissora; que não recebeu nem mesmo o valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), relativo à premiação; que foi vítima de engodo; que faz jus à indenização por danos materiais e morais, em razão da conduta ilícita da ré. Ao final, requereu a condenação da ré no valor de R$ 49.665,60 (quarenta e nove mil seiscentos e sessenta e cinco reais e sessenta centavos), a título de danos morais e de indenização por danos materiais relativos à conta telefônica. Pugnou pela concessão dos benefícios da assistência judiciária. Juntou os documentos de f. 13/56.

O MM. Juiz deferiu à autora os benefícios da assistência judiciária (f. 57).

A autora apresentou aditamento à inicial, requerendo a inclusão, no polo passivo, da empresa Cellcast Brasil Comunicações Ltda. (f. 58/59).

Devidamente citada, a ré, TV Ômega, apresentou contestação às f. 77/96, arguindo a preliminar de ilegitimidade passiva, ao argumento de que o programa era realizado pela produtora independente Cellcast Brasil Comunicações Ltda., não havendo se falar em responsabilidade solidária, porque não é parte legítima para

figurar no polo passivo da presente demanda. No mérito, alegou, em síntese: que não cabe a inversão do ônus da prova, porque não se trata de relação de consumo; que, mesmo que fosse relação de consumo, não estaria configurada a propaganda enganosa ou a conduta abusiva, porque, ao efetuar a ligação para participar do programa, a pessoa, ao discar o código de área 41 (Paraná), está ciente de se tratar de uma ligação interurbana para um celular, sendo dispendioso o custo das ligações; que a segunda ré efetuou o pagamento do prêmio prometido diretamente na conta da autora; que a autora não comprovou a existência do dano moral; que meros dissabores não ensejam dano moral; que o *quantum* indenizatório, caso seja condenada, deve ser fixado com moderação e de acordo com as circunstâncias do caso. Ao final, pugnou pela extinção do feito em relação a ela ou, alternativamente, pela improcedência do pedido ou pela moderação na fixação da indenização. Juntou documentos às f. 97/114.

A Cellcast Brasil Comunicações não apresentou defesa.

A autora apresentou impugnação às f. 115/125, arguindo a preliminar de revelia das rés, ao argumento de que as defesas foram extemporâneas. Refutou os fatos alegados pela ré e ratificou os termos da inicial.

O MM. Juiz rejeitou as preliminares suscitadas (f. 124/125).

Instadas as partes para especificação de provas, a ré requereu o julgamento antecipado da lide e *ad cautelam* a produção de prova documental, testemunhal e o depoimento pessoal da autora (f. 129/130). A autora pugnou pela produção de prova testemunhal e pelo depoimento pessoal dos representantes das rés (f. 133).

À f. 177, a autora desistiu da produção de provas orais e pugnou pelo julgamento antecipado do feito.

Na sentença de f. 178/182, o MM. Juiz julgou improcedentes os pedidos, por ausência dos requisitos configuradores do dever de indenizar.

Constou do dispositivo da sentença (f. 182):

> Em razão do exposto, julgo improcedente o pedido formulado por Laryssa Paula da Silva em face de TV Omega Ltda. - Rede TV e Cellcast Brasil Comunicações Ltda., julgando extinto o presente processo nos moldes do artigo, I, do Código de Processo Civil.
> Condeno a Requerente no pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência, que arbitro em 10% sobre o valor da causa, suspendendo a exigibilidade por estar litigando com os benefícios da justiça gratuita.
> Transitando em julgado, arquivem-se os autos com baixa.

A autora recorreu às f. 184/191, repisando os termos da inicial, ressaltando, em suma, a existência do dano moral e do dano material e o dever de indenizar. Sustentou que foram violados o art. 221 da CF, o art. 53, "a" e "h", da Lei 4.117/62, e o art. 28 do Decreto-lei 52.795/63.

A ré apresentou contrarrazões às f. 203/222, refutando as alegações da apelação e pugnando pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, porque próprio, tempestivo e dispensado de preparo, por estar a apelante amparada pelos benefícios da justiça gratuita (f. 24).

Mérito.

Laryssa Paula Silva ajuizou ação contra TV Ômega Ltda. - Rede TV e Cellcast Brasil Telecomunicações Ltda., pleiteando indenização por danos materiais e morais, ao argumento de que foi vítima de engodo ao tentar ganhar um prêmio em um programa transmitido pela emissora, realizou várias ligações para um número no Paraná, cuja fatura somou um valor exorbitante, não tendo a emissora acertado com ela nem o prêmio de R$ 2.000,00 a que fez jus, tendo ainda que arcar com uma conta telefônica de quase R$ 5.000,00. Pediu indenização.

O MM. Juiz julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, por ausência dos requisitos configuradores do dever de indenizar.

A tese da autora é de que estão presentes os requisitos ensejadores do dano moral e do dano material, em face do engodo da ré e da sua obrigação de indenizar os danos causados.

A apelante não tem razão.

De início, releva salientar que o CDC se aplica à espécie, mas a apelante tinha pleno conhecimento de que as ligações do concurso eram tarifadas conforme ligação interurbana para celular, como exige o CDC, porque o programa estampava na televisão a informação de que o número com o código de área era do Paraná e de que era tarifado como interurbano.

Logo, a apelada não violou o direito de informação ao telespectador do programa que vinculou, tendo cumprido o respectivo art. 6º do CDC.

Se a apelante fez as ligações, ela deu causa ao valor cobrado nas faturas do telefone, não podendo agora agir em *venire contra factum proprium*.

A respeito, leciona Nelson Nery Junior:

> *Venire contra factum proprium*. A locução '*venire contra factum proprium*' traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente (Menezes Cordeiro, *Boa-fé*, p. 743). '*Venire contra factum proprium*' postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro - *factum proprium* - é, porém, contrariado pelo segundo. Esta fórmula provoca, à partida, reações afectivas que devem ser evitadas (Menezes Cordeiro, *Boa-fé*, p. 745). A proibição de *venire contra factum proprium* traduz a vocação ética, psicológica e social da regra *pacta sunt servanda* para a juspositividade (Menezes Cordeiro, *Boa-fé*, p. 751). (Nery Júnior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 236.)

Assim, não há se falar em dano material pelo valor das faturas da Companhia Telefônica.

Com relação ao pedido de dano moral, a pretensão revela-se totalmente equivocada, porque, para a configuração da responsabilidade civil, mister a existência de uma ação ilícita, cujo resultado seja um dano, e que entre o dano e a ação haja um nexo de causalidade.

A responsabilidade civil de indenizar o dano, no caso, é de ordem objetiva, porque há relação de consumo e a teor do art. 14 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.

Examinando detidamente os autos, vê-se que a apelante em momento algum fez qualquer prova de que houve dano à sua honra, à sua imagem ou à sua dignidade.

Ao contrário do que alega a apelante, o prêmio que ganhou foi depositado, conforme comprovam os documentos de f. 131/132.

Se não há dano e se a apelada cumpriu a premiação a que se propôs, não se configurou a responsabilidade civil.

Nesse sentido são os julgados deste Tribunal:

> 1) Processual civil. Preliminar. Ausência de fundamentação. Impossibilidade. Art. 165 do CPC. Contrato de franquia. Rescisão. Indenização danos materiais e morais. Impossibilidade. Não comprovação do nexo causal e da culpa. [...] - Para que se imponha o dever de indenizar, necessária a comprovação dos requisitos subjetivos da responsabilidade civil, quais sejam o dano, a ilicitude da conduta e o nexo causal entre ambos. - Não há que se falar em indenização, seja ela moral ou material, quando ausente um dos requisitos acima elencados. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.02.623899-8/001, Relator: Des. Irmar Ferreira Campos, *DJ* de 15.02.2008.)
>
> 2) Ação de indenização. Danos morais e materiais. Ausência de análise dos documentos e de fundamentação na sentença. Nulidade. Infringência ao art. 93, IX, da CF/88 e art. 458 do CPC. Gerente de agência bancária. Coação para pagamento de dívida de cliente. Ilícito não demonstrado. Improcedência. [...]
>
> - Para que surja o dever de indenizar, imprescindível a demonstração do ato ilícito praticado pelo agente, do dano causado à vítima, da culpa do agente e do nexo de causalidade entre um e outro (art. 186 do CC/2002). Não demonstrados os pressupostos da responsabilidade civil, impõe-se a improcedência do pedido. (TJMG - Apelação Cível nº 2.0000.00.447736-3/000, Relator: Des. Valdez Leite Machado, *DJ* de 13.08.2007.)

No caso, verifica-se que não houve conduta enganosa ou ilícita por parte das apeladas, nem nexo causal entre sua conduta e o dano alegado pela apelante.

Ressalta-se, ainda, que a culpa pelo valor excessivo da fatura telefônica se deu por culpa exclusiva da apelante, que, mesmo sabedora de que o custo da ligação interurbana é elevado, realizou as várias ligações interurbanas para celular anunciado no vídeo, no afã de ganhar o prêmio, conforme se vê às f. 49/49-v.

Dispõe o inciso II do § 3º do art. 14 do CDC:

> Art. 14 [...]
> § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: [...]
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro; [...].

Assim, a responsabilidade civil é afastada se ocorrer qualquer excludente de ilicitude, como ensina a doutrina:

> Há certos fatos que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente. As principais excludentes da responsabilidade civil, que envolvem a negação do liame de causalidade e serão estudadas no fim desta obra, são: o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, a cláusula de não indenizar e o caso fortuito ou força maior. [...]
> Quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente. Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima. Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade.
> É o que se dá quando a vítima é atropelada ao atravessar, embriagada, uma estrada de alta velocidade; ou quando o motorista, dirigindo com toda a cautela, vê-se surpreendido pelo ato da vítima que, pretendendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo. Impossível, nestes casos, falar em nexo de causa e efeito entre a conduta do motorista e os ferimentos, ou o falecimento, da vítima. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 526 e 717.)

Nesse sentido:

> 1) Ação de indenização por danos morais e materiais. Relação de consumo. Culpa exclusiva da vítima. Inadimplemento contratual. Danos morais não configurados. Danos materiais. Procedência parcial. - Para que se condene alguém ao pagamento de indenização por dano moral ou material, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva, e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. A culpa exclusiva da vítima, em virtude de se tratar de excludente de responsabilidade civil, afasta a ilicitude da conduta que interfere na esfera jurídica alheia, ainda que a relação jurídica entre as partes seja de consumo (art. 14, § 3º, Lei nº 8.078/90). (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.01.597841-4/001(1). Rel. Eduardo Mariné da Cunha. J. em 6.04.2006. *DJ* de 27.04.2006.)

2) Indenização. Danos morais e materiais. Acidente de trânsito. Culpa exclusiva da vítima. Excludente do dever de indenizar. - Configurada a culpa exclusiva da vítima para a produção do evento danoso, afastado fica o seu direito de pleitear indenização, porquanto só responde pelo fato aquele que lhe deu causa. - 'A culpa exclusiva da vítima - pondera Sílvio Rodrigues - é causa de exclusão do próprio nexo causal, porque o agente, aparente causador direto do dano, é mero instrumento do acidente'. (TJMG - Apelação Cível nº 2.0000.00.477479-2/000. Rel. Tarcísio Martins Costa. J. em 02.08.2005. *DJ* de 13.08.2005.)

A apelante citou dispositivos de lei violados, que revelariam a conduta ilícita da parte apelada.

Ressalto que a interpretação de normas para a aplicação adequada ao caso concreto não se faz de forma isolada, mas sim, de forma sistemática, de todo o ordenamento jurídico.

Quanto à alegada violação ao art. 221 da CF, do art. 53, a e h, da Lei 4.117/62 e do art. 28 do Decreto-lei 52.795/63, a apelante não tem razão.

Art. 221 da Constituição Federal. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

No caso, não se vê ofensa a tais princípios, porque a Constituição Federal não veda programas televisivos de entretenimento com custo.

Art. 53 da Lei 4.117/62. Constitui abuso, no exercício de liberdade da radiodifusão, o emprego desse meio de comunicação para a prática de crime ou contravenção previstos na legislação em vigor no País, inclusive: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 236, de 1968)
a) incitar a desobediência às leis ou decisões judiciárias; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 236, de 1968.) [...]
h) ofender a moral familiar, pública, ou os bons costumes; [...]. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 236, de 1968).

Art. 28. As concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, além de outros que o Governo julgue convenientes aos interesses nacionais, estão sujeitas aos seguintes preceitos e obrigações: (Redação dada pelo Decreto nº 88.067, de 26.1.1983.) [...]
12 - na organização da programação: [...]
b) não transmitir programas que atentem contra o sentimento público, expondo pessoas a situações que, de alguma forma, redundem em constrangimento, ainda que seu objetivo seja jornalístico; [...].

Da simples leitura de tais dispositivos observa-se que o caso dos autos não se enquadra nas hipóteses referidas.

Se o programa não tem qualidade cultural e expõe a ônus o telespectador, isso se deve à liberdade da atividade de radiofusão, sendo que o consumidor só é onerado se ele, por iniciativa própria, participar ativamente do programa, como se deu no caso dos autos.

Não pode a apelante querer atribuir custo de sua participação ativa em programa de televisão, anunciado e informado com clareza, já que ela o fez segundo autonomia livre de vontade, protegida no ordenamento jurídico.

Assim, ao contrário do que alega a apelante, anoto que não foram violados o art. 221 da CF, o art. 53, *a* e *h*, da Lei 4.117/62, nem o art. 28 do Decreto-lei 52.795/63.

Portanto, não assiste razão à apelante em seu recurso, devendo ser mantida a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Dispositivo.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante, observada a Lei 1.060/50.

DES. LUCAS PEREIRA - Também ouvi, com a costumeira atenção, o pronunciamento da tribuna.

Peço vista.

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Pela ordem.

Vou adiantar meu voto.

Registro que também ouvi com atenção a sustentação oral do Dr. Evandro de Souza Monteiro, pela apelante.

Acompanho, na íntegra, o voto da eminente Relatora.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS A RELATORA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO E O VOGAL, EM ADIANTAMENTO DE VOTO, TAMBÉM NEGAR PROVIMENTO.

Notas taquigráficas

DES. PRESIDENTE (EDUARDO MARINÉ DA CUNHA) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 27.01.2011, a pedido do Desembargador Revisor, após a Relatora negar provimento ao recurso e o Vogal, em adiantamento de voto, também negar provimento.

DES. LUCAS PEREIRA - Estou aderindo ao posicionamento adotado pela ilustre Relatora, Desembargadora Márcia De Paoli Balbino, no sentido de negar provimento ao recurso de apelação.

No caso em tela, pugna a autora pela condenação da ré ao pagamento de danos materiais e morais, argumentando que foi vítima de engodo ao tentar ganhar um prêmio em um programa transmitido pela emissora apelada.

Assevera que realizou diversas ligações para o número telefônico informado pelo programa e que, diante do acúmulo de pontos adquiridos com as ligações, foi premiada com o valor de R$2.000,00. No entanto, afirma a autora que não recebeu o depósito do referido montante e, ainda, que foi surpreendida com o valor da sua conta de telefone, que chegou a quase R$5.000,00.

Em que pesem as argumentações da parte requerente, tenho que a telespectadora não pode se esquivar da responsabilidade pela realização das ligações ao programa.

A análise dos autos revela que a autora possuía pleno conhecimento de que as ligações eram feitas para o Estado do Paraná e para telefone móvel, não fazendo jus a autora ao dano material pleiteado.

Ressalte-se que, pela figura estampada à f. 86, é possível verificar que o programa de entretenimento informava que, para participar dos jogos, era necessário efetuar ligações interurbanas para telefone móvel, cumprindo seu dever de informação, conforme dispõe o art. 6º do CDC.

Dessa forma, a pretensão da autora não merece guarida, pois efetuou ligações ao programa televisivo utilizando conscientemente o serviço de telefonia, dando causa ao valor cobrado na fatura de seu telefone.

Friso que o valor exorbitante da conta telefônica é imputado à própria autora, que, livremente, telefonou várias vezes para o número indicado pelo programa televisivo. Dessa forma, tendo em vista a conduta da autora, tenho que o evento aconteceu por culpa exclusiva da apelante, o que afasta a responsabilidade civil da parte apelada.

Da mesma forma, não cabe a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais, já que o prêmio auferido pela autora foi pago.

Os documentos de f. 131/132 comprovam que o prêmio da autora, no valor de R$2.000,00, foi efetivamente depositado em conta que, embora não seja de titularidade da parte premiada, foi pela própria autora indicada.

Dessa forma, tendo em vista que a ré cumpriu sua obrigação, depositando a premiação auferida pela autora, não houve conduta ilícita por parte da apelada ou nexo causal entre sua conduta e o dano alegado pela autora, apto a ensejar a sua responsabilidade civil e, por conseguinte, o dever de indenizar a autora por danos morais.

Dispositivo.

Em face do exposto, acompanho a douta Relatora, no sentido de negar provimento ao recurso.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Arrematação - Nulidade - Arguição por simples petição nos autos - Inviabilidade - Art. 746 do CPC - Embargos - Recurso próprio - Exigência - Art. 694 do CPC - Auto assinado - Carta expedida - Arrematação concretizada e acabada

Ementa: Agravo de instrumento. Arrematação devidamente efetivada nos autos da ação de execução. Arguição de nulidade por petição nos autos da execução. Impossibilidade. Recurso provido.

- O procedimento legal previsto para questionamento da arrematação que se encontra concluída, uma vez que já expedida a carta de arrematação, são os embargos à arrematação, conforme disposição do art. 746 do CPC, ou ação declaratória de nulidade. Assim, a apresentação de simples petição nos autos da ação executiva é considerada um procedimento inadequado para tornar sem efeito a arrematação neste caso, ainda que se trate de matéria de ordem pública.

Recurso provido

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0324.05.031106-1/001 - Comarca de Itajubá - Agravante: Altair Pinto - Agravado: Espólio de José Rodrigues, representado pela inventariante Ana Helena de Souza Rodrigues - 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 Silas Vieira, 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, 17 de fevereiro de 2011. - *Dídimo Inocêncio de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo e tutela antecipada, aforado contra a decisão do digno Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Itajubá/MG (reproduzida às f. 124/125-TJ), prolatada nos autos do incidente de ineficácia da arrematação movida pelo agravado.

Combate o agravante a decisão que declarou a nulidade da arrematação, determinando, por conseguinte, a designação de nova hasta pública.

Decisão da minha lavra à f. 133, indeferindo o efeito suspensivo.

Informações do Juiz *a quo* às f. 137/138.

Contraminuta às f. 154/162.

É o relato do necessário.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Na ausência de preliminares, passo ao deslinde do mérito.

Pretende o agravante, na qualidade de arrematante, a desconstituição da decisão que anulou a hasta pública levada a efeito nos autos da execução proposta pelo Município de Itajubá em face do espólio de José Rodrigues, ao fundamento de que o executado não foi intimado corretamente acerca do aludido procedimento de venda judicial, tendo em vista a existência de vício no respectivo edital.

Após um exame cuidadoso dos autos, especialmente da sequência dos atos processuais que culminaram no proferimento da decisão agravada de anulação da arrematação, tenho que a decisão atacada merece realmente reforma, embora o faça com arrimo em fundamentação diversa da invocada pelo agravante.

Cediço é que, via de regra, o procedimento legal adequado para questionamento da arrematação são os embargos à arrematação, conforme disposição do art. 746 do CPC, ou ação declaratória de nulidade.

In casu, resta claro às f. 104/111 que a nulidade da arrematação foi requerida pelo executado mediante a apresentação de simples petição nos autos da ação executiva, o que não se afigura tecnicamente adequado nessa hipótese, especialmente porque já houve a expedição da carta de arrematação. Nota-se à f.107 que o próprio executado reconhece ter-se esgotado o prazo para interposição dos embargos à arrematação, e justifica a interposição da alegação por petição em razão de constituir questão de ordem pública, entendimento o qual não corroboro.

Com efeito, verifica-se que, quando da interposição da petição na qual se arguiu a nulidade da arrematação pelo executado, esta já se encontrava perfeita e acabada, conforme auto de arrematação e certidão de f. 94/95, na qual consta que a carta de arrematação já fora expedida. Registre-se que, ainda que se encontre caracterizada a nulidade do procedimento por questão de ordem pública, o que nos termos do §1°, I, do art. 694 tornaria sem efeito a arrematação, é inviável o seu reconhecimento mediante mero despacho exarado na própria execução, sob pena de afronta à segurança jurídica e ao princípio constitucional do ato jurídico perfeito.

Nesse sentido, vale transcrever o disposto no art. 694 do CPC, *in verbis*:

> Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário de justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.

Nesse diapasão, sem adentrar no mérito da questão referente à validade ou não da arrematação realizada na execução fiscal que se processa na origem, tenho que, uma vez esgotado o prazo para oferecimento de embargos e estando o procedimento de venda judicial do bem concluído, tal questão deve ser suscitada e examinada em ação anulatória, e não no como se deu na hipótese.

Nesse sentido já decidi quando atuei como Relator nos autos do Agravo de Instrumento de n° 2.0000.00.461051-7/000(1), conforme ementa colacionada abaixo:

> Estando perfeito e acabado o auto de arrematação, conforme exigências estabelecidas no art. 694 do CPC, seu desfazimento não pode ser postulado através de simples petição nos autos, sendo certo que a alegação da nulidade da arrematação deve ser manejada por embargos à arrematação consoante o art. 746 do CPC, ou através de ação de declaração de nulidade. (TJMG - 2.0000.00.461051-7/000(1) - Des. Rel. Dídimo Inocêncio de Paula - *DJ de* 02.09.2004.)

No mesmo sentido, trago recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> Ação executiva hipotecária. Falecimento do cônjuge. Recurso especial sustentando violação aos artigos 12, 43, 227, 245, parágrafo único, 265, § 3°, 535, II, 538, 568, II, 687, § 5°, 1.055 e 1.060, I, do Código de Processo Civil e a Súmula 98/STJ. Alegativas de nulidade da ação executiva por ausência de habilitação do espólio, nulidade de intimação do inventariante e ausência de preclusão. Não ocorrência. Nulidade requerida por meio de simples petição nos autos, após a expedição de carta de arrematação do bem. Impossibilidade. Necessidade de ajuizamento de ação autônoma. Recurso especial a que se nega provimento.
> 1. Sendo o espólio representado pelo inventariante, nos termos do artigo 12 do CPC, não há necessidade de processo especial à habilitação daquele, pois esta se deu na pessoa do seu inventariante, regularizando-se a relação processual, nos termos do artigo 1.060 do Código Processual Civil, que a possibilita nos próprios autos da ação principal, sem necessidade de ação autônoma para essa finalidade.
> [...]
> 3. Não é possível, por meio de mera petição, a decretação de nulidade de ação executiva em que já foi expedida a carta de arrematação em favor do credor exequente. Precedentes.
> 4. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 784634/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, T4 - Quarta Turma, julgado em 19.08.2010.)

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para restabelecer os efeitos da arrematação.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERGARIA COSTA e ELIAS CAMILO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Dano moral - Empréstimo consignado - Cartão de crédito - Contratação indevida - Consumidor - Indução a erro - Ato ilícito - Dever de indenização - Quantificação - Extensão do dano

Ementa: Apelação cível. Dano moral. Contratação indevida. Consumidor induzido em erro. Ato ilícito. Dever de indenizar. Quantificação. Extensão do dano.

- Responde pelo pagamento de indenização por danos morais o banco que induziu o consumidor em erro, fazendo-o contratar produto diverso do que desejava, o que lhe causou danos morais, passíveis de reparação financeira.

- A indenização deve ser suficiente exclusivamente para reparar o dano, pois este se mede por sua extensão, nos termos do art. 944, *caput*, do Código Civil, não podendo ensejar enriquecimento indevido do ofendido.

- Havendo condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados em atenção aos critérios estabelecidos no art. 20, § 3º, alíneas *a*, *b* e *c*, do Código de Processo Civil.
Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.10.032892-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Banco Schahin S/A - Apelada: Maria de Jesus Silva - 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, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 01 de março de 2011. - *Gutemberg da Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - Banco Schahin S.A. interpôs apelação pleiteando a reforma da sentença do MM. Juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, que julgou procedente o pedido formulado na ação de indenização por dano moral movida por Maria de Jesus Silva, condenando-o a lhe pagar a quantia de R$3.500,00, a título de indenização por danos morais em virtude de contratação que induziu a apelada em erro, pois esta acreditava ter celebrado contrato de empréstimo consignado em folha quando, na verdade, contratou um cartão de crédito.

Afirmou que celebrou com a apelada, em 7-5-2008, o contrato nº 71-265811/08999, no valor de R$ 2.182,40, que foi liberado para a contratante por meio de TED. Assinalou que o pagamento se daria via fatura de cartão de crédito, e somente se não ocorresse o pagamento, a quantia de R$109,12 seria consignada na folha de pagamento da apelada.

Sustentou que da cláusula 12 do contrato de empréstimo consignado se extrai que a contratante aceitou receber ofertas de produtos e serviços, o que inclui o "Cartão Cifra Saque Rápido", assinalando que o contrato se mostra lícito, perfeito e acabado, tendo a apelada pleno conhecimento de suas cláusulas, conforme comprovado pela prova documental.

Aduziu que a apelada pretende na verdade deixar de pagar o que efetivamente é devido, desrespeitando, assim, o princípio do *pacta sunt servanda*. Argumentou ainda que descabe sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais, uma vez que não agiu com culpa, além de a apelada não ter comprovado ter sofrido algum dano.

Pelo princípio da eventualidade, requereu a redução do valor arbitrado, ressaltando que este não pode ter caráter punitivo, mas apenas compensatório, devendo ser fixado tendo como parâmetros os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim, pediu a redução do valor dos honorários advocatícios para quantia que esteja de acordo com os parâmetros do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

A apelada apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença (f. 129 a 135).

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

O apelante alega que não pode ser responsabilizado por eventuais danos morais sofridos pela apelada, pois não cometeu nenhum ato ilícito, além de não ter sido comprovado que a apelada sofreu dano moral.

Maria de Jesus Silva, aposentada, ajuizou esta ação pleiteando indenização por danos morais pelo fato de ter sido induzida em erro, pois acreditava ter contratado empréstimo para desconto direto em folha de pagamento quando, na verdade, o valor foi debitado em cartão de crédito, de forma que incidiam encargos abusivos e indevidos nas parcelas do empréstimo.

Inicialmente, diga-se que a Lei nº 8.078, de 11.9.1990 (Código de Defesa do Consumidor), prevê que a publicidade, bem como os termos contratuais, devem ser transparentes e claros, sem induzir o consumidor em erro, havendo no código dispositivos tratando especificamente da matéria.

O art. 6º do CDC prevê como direito básico do consumidor:

[...]
II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
[...].

Por outro lado, o art. 31 do CDC dispõe:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

O art. 37, § 1°, do mesmo código, conceitua a publicidade enganosa:

§ 1° É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Dessa forma, fica claro que a publicidade é enganosa/abusiva quando capaz de induzir o consumidor em erro, por exagero ou omissão, não trazendo informações precisas sobre o conteúdo do produto oferecido. Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa esclarecem:

O legislador demonstrou colossal antipatia pela publicidade enganosa. Compreende-se que assim seja. Esse traço patológico afeta não apenas os consumidores, mas também a sanidade do próprio mercado. Provoca, está provado, uma distorção no processo decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, estivesse mais bem informado, possivelmente não adquirisse. (*Manual de direito do consumidor*, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 204 a 205).

Mais:

Em primeiro lugar, podemos identificar dois tipos básicos de publicidade enganosa: a por comissão e a por omissão. Na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é. Já na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor a erro, isto é, deixa de dizer algo que é.

Ademais, a publicidade enganosa pode, quanto à extensão da enganosidade, ser total ou parcialmente falsa. Naquele caso, as informações, em seu conjunto, são realmente falsas. Neste, ao revés, convivem, a um só tempo, informações falsas e outras verdadeiras. A existência de informações parcialmente corretas não faz com que a publicidade seja enganosa (idem, p. 205).

No caso dos autos, está claro que o apelante omitiu informações a respeito da operação efetuada pela apelada, induzindo-a em erro. Na "Ficha Cadastral/Proposta de Adesão" de f. 74, no campo "características da operação" existem quatro opções de contratação, sem especificar qual a modalidade contratada pela apelada.

De outro lado, na "Declaração do Proponente" (f. 75), no item 2 está evidente que a apelada contratou empréstimo para pagamento consignado em sua folha de pagamento, nos termos da Lei n° 10.820, de 17.12.2003, que estabeleceu a modalidade de empréstimo com desconto em folha. Além disso, na cédula de crédito bancário de f. 76 consta que a operação se trata de empréstimo pessoal consignado - INSS, logicamente para pagamento com desconto em folha, nos termos da legislação específica, descabendo o pagamento por meio de cartão de crédito.

Ademais, é evidente que ninguém contrataria cartão de crédito, que sabidamente possui encargos e taxas extremamente altas, fazendo um saque imediato de R$ 2.182,40, como consta da fatura de f. 22.

Diante disso, fica caracterizada a prática de ato ilícito pelo apelante, inclusive com indícios da ocorrência de "venda casada", o que é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico.

Cabe verificar se tal fato acarretou danos morais à apelada, Maria de Jesus Silva. O dano moral é entendido como aquele sofrimento íntimo, profundo, que fere a dignidade e os mais caros sentimentos do indivíduo, suscetível, por isso, de reparação mediante compensação financeira.

É inegável que a apelada, já aposentada e de idade avançada, ao ser enganada, efetuando contratação que não desejava, vendo-se obrigada por diversas vezes a procurar o apelante para resolver problemas relacionados ao pagamento de encargos indevidos, passou por constrangimentos que lhe afetaram a honra e dignidade, sendo, portanto, passíveis de reparação financeira.

Quanto ao valor da indenização, esta deve ser suficiente exclusivamente para reparar o dano. Nada mais. A este propósito, Caio Mário da Silva Pereira observa que há uma idéia de punição na indenização por danos morais, "mas não vai aqui uma confusão entre responsabilidade penal e civil, que bem se diversificam", assinalando em seguida que "a punição do ofensor envolve uma sanção de natureza econômica, em benefício da

vítima, à qual se sujeita o que causou dano moral a outrem por um erro de conduta"; que a reparação por dano moral "é sanção civil direta ao ofensor ou reparação da ofensa, e, por isso, liquida-se na proporção da lesão sofrida". Conclui adiante que

> mais do que nunca há de estar presente a preocupação de conter a reparação dentro do razoável, para que jamais se converta em fonte de enriquecimento" (*Instituições de direito civil*, 19. ed., São Paulo: Forense, 1999, v. 2, p. 218 e 219).

A indenização por danos morais serve à compensação econômica pelas agruras sofridas em razão de conduta do ofensor, devendo ser balizada pelos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Com base nessas circunstâncias, é razoável o valor fixado pelo juiz, de R$ 3.500,00, descabendo a redução do valor da indenização.

Por fim, com relação aos honorários advocatícios, o valor fixado pelo MM. Juiz, de R$1.000,00, mostra-se condizente com o que determina o art. 20, § 3º, do CPC, descabendo a sua redução.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo integralmente a sentença.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE e PEREIRA DA SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Indenização - Danos morais e materiais - Instituição de ensino superior - Alteração na denominação do curso - Ato ilícito - Prejuízo ao aluno - Ocorrência - Dever de indenizar - Votos vencidos

Ementa: Embargos infringentes. Ação de indenização por danos morais e materiais. Instituição de ensino superior. Alteração na denominação do curso. Ato ilícito e prejuízo ao aluno. Ocorrência. Dever de indenizar. Votos vencidos.

- Sendo ilegal a "migração" dos alunos do curso de Comércio Exterior para outro curso, são devidos danos materiais e morais a quem teve prejuízos com as atitudes da Fundação Educacional.

- À luz do que preceitua a Lei 8.078/90, o prestador de serviços educacionais responde de forma objetiva pelos danos verificados em decorrência da propaganda enganosa.

Embargos não acolhidos.

- VV. vv.: - A alteração de nomenclatura do curso é insuficiente para configurar ilícito civil. (Des. Cabral da Silva e Des. José Antônio Braga)

EMBARGOS INFRINGENTES (CÍVEL) Nº 1.0287.07.035692-1/002 - Comarca de Guaxupé - Embargante: Fundação Educacional Guaxupé - Embargada: Tamara Del Valle Urias - 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 Cabral da Silva, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO ACOLHER OS EMBARGOS, VENCIDOS O PRIMEIRO E O TERCEIRO VOGAIS.

Belo Horizonte, 1º de março de 2011. - *Alberto Aluízio Pacheco de Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE - Fundação Educacional Guaxupé interpôs estes embargos infringentes com o objetivo de resgatar o voto do em. Desembargador Cabral da Silva, que negou provimento à apelação manejada por Tamara Del Valle Urias, mantendo a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais e materiais.

A decisão foi parcialmente reformada pelos votos da em. Des.ª Electra Benevides, acompanhado pelo Vogal Des. Gutemberg da Mota e Silva.

Em suas razões de recurso, a embargante alega que a alteração do curso superior não causou nenhum prejuízo à embargada.

Contrarrazões apresentadas às f. 336/337.

Os embargos foram admitidos, pelo despacho de f. 339-TJ, vindo-me conclusos os autos por distribuição.

Brevemente relatados. Decido.

Compulsando os autos, percebo que as razões aduzidas pela embargante não merecem prosperar, devendo os embargos infringentes ser rejeitados.

A instituição embargante justificou o cancelamento do curso de Comércio Exterior com base na resolução do MEC. Sustenta que houve apenas uma alteração de nomenclatura para curso de Administração com habilitação em Comércio Exterior.

Pelas provas colacionadas aos autos e pelos conhecimentos adquiridos, verifica-se que o curso de Comércio Exterior é um curso autônomo, sem qualquer ligação com o curso de Administração.

Assim, percebe-se que o curso de Comércio Exterior de fato existe, sendo que os graduados em

Comércio Exterior recebem o diploma de graduação em Comércio Exterior, e não em Administração com habilitação.

Dessa maneira, o contrato de prestação de serviços estabelecido entre as partes foi para o curso de Comércio Exterior, restando inobservado o *pacta sunt servanda*.

Outra solução não há que se reconhecer a modificação unilateral do contrato de serviços educacionais, devendo a instituição restituir à parte autora os valores despendidos desde o momento em que a embargada teve ciência da modificação do curso, a título de dano material.

As provas dos autos nos conduzem a ver que de fato houve a prática de propaganda enganosa por parte da embargante.

O art. 14 da Lei 8.078/90 dispõe que:

> 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.

A prática de ilícito civil em face do consumidor restou cabalmente demonstrada, impondo-se o reconhecimento da responsabilidade do prestador dos serviços educacionais em reparar o consumidor pelos danos materiais e morais experimentados.

A responsabilidade civil da embargante no presente caso decorreu em virtude do descumprimento de um dever assumido em contrato, pois, ao colocar à disposição de interessados cursos de nível superior, assumiu a obrigação de emitir diplomas válidos, capazes de proporcionar aos seus destinatários o pleno direito de exercerem as suas profissões.

A recorrente é um estabelecimento de ensino da iniciativa privada que ministra cursos acadêmicos autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, que estabelece as condições e as formas de seu funcionamento através de legislações específicas.

Cumpre ressaltar que, ao empreender um negócio dessa natureza, deveria ter tido o cuidado de cumprir com todas as obrigações assumidas perante a estudante, que, mediante o pagamento das mensalidades, buscava a contraprestação, que é o seu diploma, como reconhecimento de seu curso.

É claro e inegável o prejuízo causado à embargada pela embargante.

Quanto à matéria, é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, consubstanciado nos Acórdãos nº 1.0183.05.097875-2/001 e nº 1.0024.04.301007-3/001, Relatores, os Desembargadores Elpídio Donizetti e Pedro Bernardes:

> Ação de indenização por danos morais e materiais. Instituição particular de ensino superior. Relação de consumo. Responsabilidade civil objetiva. Propaganda enganosa. Boa-fé objetiva. Ausência. Curso superior sequencial de nutrição não ligado à área da saúde. Danos morais. Presença. Dever de indenizar configurado. - As instituições particulares de ensino superior subsumem-se na categoria de fornecedores de serviços (art. 3º da Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor), razão pela qual a elas se aplicam inegavelmente as disposições de tal Código, se, obviamente, o serviço ou produto for adquirido por alguém como destinatário final. Conforme se depreende do art. 14 do CDC, conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor albergou a teoria da responsabilidade civil objetiva, que dispensa a investigação acerca da conduta culposa do agente. Assim, para que haja obrigação de indenizar, necessário demonstrar o defeito na prestação do serviço, o dano e o nexo causal entre eles. A boa-fé objetiva não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação, determinando deveres positivos como lealdade, transparência e o dever de prestar informações claras e objetivas, que não induzam a outra parte a erro. Publicidade enganosa é toda aquela que contém informação inteira ou parcialmente falsa, ou que omite informações relevantes sobre o produto ou serviço, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. Comumente não se têm muitas informações sobre os cursos superiores sequenciais, toda a publicidade a eles relacionada deverá explicitar com clareza as características que os diferem de um curso superior normal de graduação, bem como elucidar acerca de qual área do conhecimento tais cursos se vinculam.
>
> Instituição de ensino superior - Prestação de serviço diverso do contratado - Negligência do estabelecimento - Indenização material - Dano material não comprovado. Danos morais configurados. - 1 - Age com culpa a instituição de ensino superior que não toma as providências necessárias à adequação das normas emanadas pelos órgãos reguladores da educação ao curso oferecido, devendo prestar o serviço de acordo com o que foi contratado. - 2 - Não procede a alegação da instituição de ensino de que os alunos teriam que cursar outra habilitação, arcando com os custos de pós-graduação, após o término do curso prometido, se tal habilitação estava incluída no que foi contratado no início do curso. - 3 - Patentes os prejuízos de ordem moral sofridos pelos alunos ante a frustração de suas expectativas de recebimento das habilitações prometidas, é devida a indenização.

Ademais, vale ressaltar que está configurado o dano moral sofrido em virtude de a parte ter visto cessada a possibilidade de obtenção do título de bacharel em Comércio Exterior, que foi sua opção profissional.

Presentes, pois, os requisitos essenciais para que surja o dever de indenizar, quais sejam conduta, dano e nexo causal.

Importante frisar o entendimento do renomado doutrinador Washington de Barros Monteiro, in *Curso de direito civil*, 2003, v. 5, p. 482:

> O dano moral resulta, na maior parte das vezes, da violação a um direito da personalidade: vida, integridade física,

honra, liberdade, etc.; bem por isso se diz que emerge da própria ofensa, potencialmente apta a produzi-lo, surgindo *ex fato*, ao atingir a esfera do lesado.

Com a indenização por dano moral, busca-se, de um lado, atribuir à vítima uma importância em dinheiro para que ela possa diminuir seu sofrimento/abalo, adquirindo bens ou permitindo a fruição de outras utilidades que ajudem a amenizá-lo.

De outro lado, a compensação mediante o recebimento de uma quantia em dinheiro deve servir para impor uma pena ao lesionador, de modo que a sua diminuição patrimonial opere como um castigo substitutivo do primitivo sentimento de vingança privada do ofendido.

Dessa maneira, a quantia a ser fixada deve ser proporcional ao dano sofrido pela vítima e à condição econômica do lesionador, repugnando, contudo, o enriquecimento sem causa.

Forte nesses fundamentos, entendo como devida a fixação da indenização por danos morais no patamar de R$5.100,00 (cinco mil e cem reais), haja vista que a quantia atende às finalidades a que se propõe.

Forte nesses fundamentos, rejeito os embargos, mantendo íntegra a decisão objurgada.

Custas, pela embargante.

DES. PEREIRA DA SILVA - Rejeito os embargos.

DES. CABRAL DA SILVA - Acolho os embargos.

DES. GUTEMBERG DA MOTA E SILVA - Rejeito os embargos.

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Resgato o voto minoritário, da lavra do em. Des. Cabral da Silva, Relator da apelação.

A alteração de nomenclatura do curso é insuficiente para configurar ilícito civil.

Este Tribunal já vem decidindo a respeito do tema - *verbis*:

> Ementa: Ação de indenização por danos morais, materiais e lucros cessantes. Mudança da nomenclatura de curso superior. Cumprimento a determinações do MEC. Não alteração do foco de estudo. Habilitação em área específica preservada. Danos não comprovados. Ausência de ilícito praticado pela instituição de ensino superior. Dever de indenizar inexistente.
> - A alteração da nomenclatura do curso superior, promovida pela instituição de ensino superior em cumprimento a determinação emanada diretamente do MEC e do Conselho Nacional de Educação, não é capaz de causar danos ao aluno nele matriculado, quando não houve qualquer alteração na grade curricular ou no foco do estudo, que continuou a garantir a formação acadêmica com a habilitação específica originariamente contratada.
> - Tratando-se de alteração promovida com base em norma legal do MEC e do Conselho Nacional de Educação e não havendo indícios de má-fé, não há como ser tida por ilícita a conduta da instituição de ensino superior requerida, inexistindo, portanto, dever de indenizar. (Embargos Infringentes nº 1.0287.07.035688-9/001. Relator: Des. Arnaldo Maciel. Data do julgamento: 1º.02.2011. Data da publicação: 18.02.2011.)

Com tais considerações, acompanho o em. Des. Relator para resgatar o voto minoritário, acolhendo os embargos infringentes.

Custas recursais, pela parte embargada.

Súmula - NÃO ACOLHERAM OS EMBARGOS, VENCIDOS O PRIMEIRO E O TERCEIRO VOGAIS.

...

Infração de trânsito - Cancelamento - BHTrans - Sociedade de economia mista - Fiscalização e aplicação de sanções administrativas - Impossibilidade - Município - Delegação de poder de polícia - Limite de competência

Ementa: Apelação cível. Ação anulatória. Cancelamento de infração de trânsito. Poder de polícia. BHTrans. Sociedade de economia mista. Fiscalização e aplicação de sanções administrativas. Impossibilidade. Sentença confirmada.

- As sociedades de economia mistas são pessoas jurídicas de direito privado, criadas por autorização legal, apenas para que o Estado exerça atividades gerais de caráter econômico com o objetivo propício de lucro.

- O Município de Belo Horizonte ao conferir à BHTrans legitimidade para aplicar multas de trânsito extrapolou seu limite de competência, porquanto o poder de polícia, no que tange à imposição de penalidades, não pode ser delegado a particular, já que se trata de atividade exclusiva do Poder Público.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.038969-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S.A. / BHTrans - Apelada: Neusa de Freitas Rolla Carvalho - 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, incor-

porando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de março de 2011. - *Silas Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SILAS VIEIRA - Trata-se de apelação contra a r. sentença de f. 50/61, aclarada à f. 93, proferida nos autos da ação anulatória de multa ajuizada por Neusa de Freitas Rolla Carvalho em face da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S.A. - BHTrans, por via da qual o MM. Juiz da causa julgou procedente o pedido inicial para anular

> as multas de trânsito aplicadas ao veículo de placa HAE-5888 em 05.12.2008, conforme AIT nº L-002885504, em 20.12.2008, conforme AIT nº L-002863650, e 15.07.2009, conforme AIT nº L-002885504, determinando que a requerida proceda à baixa das multas para todos os fins de direito (f. 61).

No mesmo ato sentencial, condenou a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no importe de R$ 510,00 (quinhentos e dez reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Opostos embargos de declaração, a sentença foi aclarada à f. 93. Na ocasião, o Magistrado singular condenou a requerida "a devolver à requerente os valores arrecadados com as infrações de trânsito".

Inconformada, a Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S.A. - BHTrans recorre às f. 63/87, sustentando, em síntese, a sua legitimidade e competência para aplicar multa aos infratores de trânsito, em razão do poder de polícia inerente à Administração Pública, o que lhe foi conferido por lei.

Alega que

> se a decisão tomou por base a decisão do STJ, ele, o julgador, não poderia dar efeito *ex tunc* a uma decisão não transitada em julgado e que não previu tal efeito (f. 65).

Verbera que

> na época das autuações, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais havia confirmado o direito dos agentes da BHTrans de autuar e do presidente da BHTrans de impor a sanção de multa (f. 65).

Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

Preparo à f. 88.

Contrarrazões às f. 94/98.

Dispensado o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, *ex vi* da Súmula 189 do STJ e da Recomendação CSMP nº 1, de 3 de setembro de 2001.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

Segundo consta, Neusa de Freitas Rolla Carvalho ajuizou ação anulatória contra a Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S.A. - BHTrans, aduzindo que foi autuada por agentes da ré nos dias 5.12.2008, 20.12.2008 e 15.07.2009, e que estes lhe imputaram a prática das seguintes infrações de trânsito, respectivamente: "dirigir o veículo utilizando-se de telefone celular" (f. 12 e f. 14) e "deixar o condutor de usar cinto de segurança" (f. 11).

Afirma que "o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a requerida não pode multar os motoristas infratores do trânsito da cidade", uma vez que

> o poder público não pode passar a função de multar motoristas para particulares, que não possuem poder de polícia, nem são autorizados pelo Código de Trânsito Brasileiro (f. 03).

O ilustre Magistrado primevo houve por bem julgar procedente o pedido inicial, nos termos da sentença de f. 50/61, o que motivou a presente irresignação.

Cinge-se a controvérsia dos autos à legitimidade ou não da BHTrans, que se constitui em sociedade de economia mista, para fiscalizar e aplicar sanções administrativas.

Pois bem.

O art. 23, inciso XII, da Constituição da República concede aos Municípios competência concorrente para "estabelecer e implantar política de educação para a segurança de trânsito", sendo que o inciso II do art. 145 também do texto constitucional lhe atribui poder de polícia, concorrentemente com os demais entes da Federação, a fim de

> instituir taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

Com o advento da Lei nº 9.503, de 1998 - Código de Trânsito Brasileiro -, os órgãos e entidades executivos municipais passaram a exercer o policiamento e a fiscalização das infrações de trânsito dentro dos Municípios, procedendo a autuações de veículos e motoristas, consoante o art. 24, incisos VI e VII, *in verbis*:

> Art. 24. Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição: [...]
> VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito;
> VII - aplicar penalidades de advertência por escrito e multa, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar.

Dos dispositivos transcritos, resta claro que a Carta Magna e a norma infraconstitucional conferiram aos entes municipais competência para exercer o poder de polícia em matéria de trânsito.

O poder de polícia consiste na atividade estatal destinada ao condicionamento do uso da propriedade ou do exercício de direitos à observância do interesse social ou coletivo, abrangendo, assim, o poder de limitar a liberdade e de aplicar sanções, restringindo direitos individuais.

Conquanto seja lícito à Administração conceder ao particular a exploração de serviço público, tal ato não pode ocorrer com relação àquelas atividades essenciais do Estado, as quais englobam o denominado poder de polícia.

O poder de polícia, como exteriorização da soberania estatal, apenas poderá ser exercido pelo Poder Público, porquanto só ele é legitimado a restringir direitos e interesses individuais em prol de um interesse público relevante por meio dos atos administrativos, em função de estes possuírem os atributos da coercibilidade, imperatividade e autoexecutoriedade.

Conclui-se, então, que o poder de polícia resulta, em princípio, em delimitações e vedações de condutas, bem como em imposição de penalidades, podendo, então, ser exercido tão somente pelo Poder Público.

A propósito, trago os ensinamentos de Álvaro Lazzarini:

> O Poder de Polícia é um conjunto de atribuições da Administração Pública, indelegáveis aos particulares, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades (in *Estudos de direito administrativo*. Editora RT, p. 197).

No âmbito do Município de Belo Horizonte, a BHTrans teve sua criação autorizada pelo Poder Executivo, em 31 de julho de 1991, pela Lei Municipal nº 5.953, na forma de sociedade de economia mista, com personalidade jurídica de direito privado, passando a integrar o Sistema Nacional de Trânsito em 22 de janeiro de 1998.

Conforme leciona Helly Lopes Meireles,

> as sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de Direito Privado, com participação do Poder Público e de particulares no seu capital e na sua administração, para realização de atividade econômica ou serviço público outorgado pelo Estado. Revestem a forma das empresas particulares, admitem lucro e regem-se pelas normas das sociedades mercantis, com adaptações impostas pelas leis que autorizarem sua criação e funcionamento. São entidades que integram a administração indireta do Estado, como instrumentos de descentralização de seus serviços (em sentido amplo: serviços, obras, atividades). (*Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 350.)

Extrai-se da doutrina transcrita que as sociedades de economia mistas são pessoas jurídicas de direito privado, criadas por autorização legal, apenas para que o Estado exerça atividades gerais de caráter econômico com o objetivo propício de lucro.

Na espécie dos autos, o Município de Belo Horizonte, ao editar o Decreto Municipal nº 6.985, de 1991, concedeu à BHTrans, no inciso VII do art. 3º, competência para "aplicar, na sua área de competência, sanções aos atos ilícitos de trânsito e proceder à sua arrecadação".

Ainda que seja dever da Administração Pública, por meio do poder de polícia, promover a fiscalização e aplicar as sanções administrativas, entendo que o Município de Belo Horizonte, ao conferir atividade exclusiva do Poder Público a particular, que visa acima de tudo a lucratividade, extrapolou seus limites de competência.

Nessa linha de raciocínio, os agentes da BHTrans são empregados públicos, celetistas, componentes dos quadros da administração indireta, sendo incompetentes para o exercício do poder de polícia, padecendo seus atos, por isso, de qualquer presunção de legitimidade.

Sobre o caso específico, já se posicionou recentemente o Superior Tribunal de Justiça:

> Administrativo. Poder de polícia. Trânsito. Sanção pecuniária aplicada por sociedade de economia mista. Impossibilidade.
> 1. 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.
> 2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar 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).
> 3. 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.
> 4. 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 do 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).
> 5. 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.
6. 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.
7. Recurso especial provido (STJ - REsp 817.534/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10.11.2009, *DJe* de 10.12.2009).

Na esteira do entendimento esposado pelo STJ, tenho que as multas aplicadas por agentes da BHTrans são ilegítimas, ante a ausência da boa-fé pública de seus atos, tornando-se meras afirmações, sem qualquer prevalência sobre a conduta do suposto infrator.

De resto, ante a indelegabilidade do poder de polícia ao particular, por não atender aos princípios da Administração Pública, notadamente o da moralidade, não se mostra coerente uma sociedade com fins lucrativos aplicar sanções administrativas, utilizando-se da arrecadação de suas autuações para gerar seus próprios recursos. Daí por que as autuações da BHTrans padecem de vício de competência.

Aliás, não foi outro o meu posicionamento no julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.09.548189-1/001, cujo acórdão fora publicado em 12.11.2010.

Pelos motivos alhures expostos, infere-se que a nulidade dos autos de infrações de nº L002885504, nº L002863650 e nº AB01059644 deve ser declarada, sobretudo pela delegação irregular do poder de polícia à BHTrans - pessoa jurídica de direito privado - consubstanciado na aplicação de multas de trânsito.

Sendo assim, restando devidamente comprovado o recolhimento das multas indevidas (f. 10, f. 12 e f. 14), a devolução dos valores é mesmo medida que se impõe.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA e ALBERGARIA COSTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Inventário - Suspensão em face de ação declaratória de união estável - Desnecessidade - Meação - Controvérsia - Reserva do quinhão - Possibilidade - Aplicação do art. 1.001 do Código de Processo Civil

Ementa: Processual civil. Agravo de instrumento. Ação de inventário. Suspensão em face de ação declaratória de união estável. Descabimento. Reserva de bens. Recurso desprovido.

- Descabida é a suspensão do inventário em razão do ajuizamento de ação declaratória de união estável, na medida em que é prevista no diploma processual a reserva de quinhão da pretensa meeira e herdeira.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.83.039325-2/002 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: José Luiz Campos - Agravado: José Luiz Monteiro Campos - 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 Mauro Soares de Freitas, 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, 27 de janeiro de 2011. - *Mauro Soares de Freitas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Trata-se de agravo de instrumento interposto por José Luiz Campos em face de José Luiz Monteiro Campos contra decisão que reconheceu a existência de meação de bens, de propriedade da falecida, devendo ser objeto de partilha no inventário.

Inconformado, recorre o suposto companheiro da falecida, pai do agravado e inventariante daquela, afirmando que não há que se falar em meação de seus bens, uma vez que não fora comprovada a união estável entre eles, matéria, inclusive, que não será discutida nos autos do inventário, e que o Julgador primevo não pode se basear numa simples declaração de casamento religioso sem fins civis. Portanto, requer a suspensão dos autos de inventário, até que seja resolvida a matéria acerca da união estável entre o agravante e a falecida Eugênia Monteiro de Barros.

Autos baixados em diligência pelo Desembargador originário Nepomuceno Silva, para que as partes se manifestassem para formar o contraditório. O agravante informou nos autos que foi ajuizada ação de reconhecimento de união estável *post mortem*, que se encontra em andamento.

Vieram-me os autos conclusos.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

O inconformismo do agravante é no sentido de ver seus bens levados à meação no inventário de Eugênia

Monteiro de Barros, sem que haja comprovação da união estável entre o casal. Portanto, afirmando que esta comprovação não deverá se realizar nos autos do inventário, requer a sua suspensão até decisão de tal matéria.

Examinando os autos, verifico que a questão do reconhecimento da união estável entre o agravante e a falecida será decidida fora dos autos do inventário, ou seja, nos autos da ação declaratória de união estável proposta pelo inventariante, filho do casal.

No caso, poderá se aplicar o art. 1.001 do CPC, para justificar o pedido de suspensão do inventário, segundo o qual:

> Aquele que se julgar preterido poderá demandar a sua admissão no inventário, requerendo o antes da partilha. Ouvidas as partes no prazo de dez dias, o juiz decidirá. Se não acolher o pedido, remeterá o requerente para os meios ordinários, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído, até que se decida o litígio.

Assim sendo, inexiste fundamento legal a embasar o sobrestamento de todos os processos, até que se decida a Ação Declaratória de União Estável, bastando que seja reservado o quinhão que seria, no presente caso, de 50% dos bens do agravante, se adquiridos na constância da união estável, visto que tal providência visa evitar o eventual prejuízo para os herdeiros da falecida Eugênia Monteiro de Barros, garantindo-lhes, na hipótese de procedência do seu pleito, a defesa de sua parte.

A propósito, nesse sentido é o posicionamento da jurisprudência, como se constata dos arestos adiante trazidos à colação:

> Agravo de instrumento. Inventário. Suspensão em face de ajuizamento de ação declaratória de união estável. Descabimento. - Não pode subsistir a suspensão do inventário pelo ajuizamento de ação declaratória de união estável, na qual, como óbvio, a companheira apenas possui expectativa de direito, não sendo herdeira, nem legatária. Cabível, neste caso, a reserva de quinhão (CPC, art. 1.001), medida mais adequada para acautelar interesses, diante da demanda ajuizada. Agravo provido para revogar a decisão que determinou o sobrestamento do inventário. (TJRS - 7ª CC, Agravo de Instrumento nº 70002360717, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 9.5.01.)

> Inventário. Suspensão. Descabimento. - Eventuais ações propostas contra a sucessão não têm o condão de suspender o andamento do inventário, mormente quando há previsão legal (art.1.001 do CPC) de reserva de quinhão, o que se determina, em razão da ação de investigação de paternidade interposta contra esta. Agravo de instrumento provido. (TJRS - 8ª CC, Agravo de Instrumento nº 70000791301, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. em 13.4.00.)

> Agravo de instrumento. Inventário. Concomitância com ação de reconhecimento de união estável. Controvérsia acerca de meação de bem imóvel. Suspensão do processo de inventário. Desnecessidade. Reserva de bens. Possibilidade. Art. 1.001 do CPC. Recurso a que se dá parcial provimento. - 1. Desnecessária se mostra a suspensão do processo de inventário em razão do ajuizamento de ação buscando o reconhecimento de união estável, quando existente herdeiro necessário. 2. Basta que se promova a reserva de bens, recomendando a cautela que essa seja de metade do patrimônio, haja vista ser o máximo que poderá a companheira receber. 3. Dá-se parcial provimento. (AI 1.0024.97.021962-2/001 - Rel. Des. Célio César Paduani - J. em 05.10.2006, *DJ* de 18.10.2006.)

Assim sendo, não há que se falar em suspensão do inventário, e sim reserva de bens do agravante.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BARROS LEVENHAGEN e MARIA ELZA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Divórcio consensual - Homologação - Alimentos - Renúncia - Posterior pretensão - Impossibilidade - Carência de ação

Ementa: Família. Apelação cível. Divórcio consensual. Alimentos. Renúncia. Possibilidade. Pedido. Carência de ação.

- É carecedor de ação o ex-cônjuge que pleiteia alimentos, após a homologação de divórcio consensual em que renunciou validamente ao direito, sem qualquer ressalva, afastada a aplicabilidade do Enunciado nº 379 da súmula do Excelso Pretório.

Apelo improvido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.10.040861-7/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: A.M.A.G. - Apelado: V.G.F. - 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, 2 de dezembro de 2010. - *Barros Levenhagen* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BARROS LEVENHAGEN - Trata-se de apelação cível interposta por A.M.A.G., contra sentença proferida às f. 19/21, pela Magistrada Maria Elisa Taglialegna, que indeferiu a petição inicial da ação de alimentos movida pela apelante.

Em suas razões recursais (f. 24/37), a apelante alega que, atualmente, não tem condições de arcar com sua própria subsistência. Alega que o dever de prestar alimentos decorre da norma inscrita no art. 1.694 do Código Civil vigente. Requer, ao final, provimento do recurso e reforma da decisão para que a ação tenha seu curso com o deferimento da inicial.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A pretensão formulada na presente ação diz respeito à obrigação de prestar alimentos do ex-cônjuge-virago, mesmo após a homologação de divórcio consensual, em que a autora renunciou, expressamente, ao direito à prestação.

Há quem entenda que, nesses casos, a carência de ação deve se fundamentar na ilegitimidade passiva, ao passo que outra corrente opta pela impossibilidade jurídica do pedido. A par da divergência meramente acadêmica, certo é que a autora é carecedora de ação, não merecendo reforma a decisão fustigada.

Com efeito, após a decretação do divórcio desaparecem os vínculos conjugais, razão pela qual não subsiste o dever acessório ao casamento de prestação de mútua assistência. Aplica-se à espécie o brocardo jurídico segundo o qual o acessório segue o principal.

Nesse sentido, leciona Yussef Said Cahali:

> Ora, com o divórcio, dissolve-se o casamento válido; deixa de existir o estado conjugal; deixa de existir a condição recíproca de marido e mulher, liberados ambos para novas núpcias; inadmissível a reconciliação como era deferida aos desquitados ou o é aos separados judicialmente: se os cônjuges divorciados quiserem restabelecer a união conjugal, só poderão fazê-lo mediante novo casamento.

Ou, como decidiu a 6ª Câmara Cível do TJSP:

> Não se considera credora de alimentos a requerente, pois desobrigou o ex-cônjuge de prestar pensão, no divórcio consensual. Ora, 'a partir do momento em que um dos cônjuges renuncia à pensão, ou seja, ao direito (não desistência que tem caráter transitório e eventual), o outro fica inteiramente desvinculado, sem que possa ser tentada a imposição de encargo em favor do antigo consorte, qualquer que venha a ser sua nova posição financeira. Mormente no divórcio, com a dissolução total e definitiva da sociedade conjugal, não teria sentido - ético e social - manter ainda um elo de caráter econômico entre os divorciados'. (Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo*, XII, p. 177). 'No divórcio, aliás, recebendo bens rentáveis, se justifica a renúncia, com caráter definitivo, e não com mera desistência temporária e eventual, exatamente porque a dissolução do casamento é total. Qualquer liame no futuro deverá ser expressamente estatuído; em caso contrário, todos os elos terminam com o trânsito em julgado da sentença homologatória' (autor e obra citados, p. 181). 'Vem-se firmando a jurisprudência no sentido de que, homologado o divórcio consensual, em que o varão restou desobrigado de prestar alimentos à mulher, carece esta de ação para, posteriormente, dele pleitear alimentos, sendo inaplicável, nesse caso, a Súmula 379 [STF]. A teor desse entendimento, a ex-esposa somente poderá reclamar alimentos após o divórcio, se, por ocasião do acordo de dissolução do vínculo matrimonial, tiver sido expressamente ressalvado tal direito; desse modo, se nada se convencionou então a respeito, ou mesmo se por ocasião do acordo a divorciada dispensou a pensão no pressuposto de desfrutar na oportunidade de meios para sua manutenção, não os poderá reclamar posteriormente, quando não mais subsistir o dever de assistência em razão de ter sido desfeito o casamento pelo divórcio' (CAHALI, Yussef. *Divórcio e separação*. 6. ed., II, nº 89, p. 1.308; *Dos alimentos*, 2. ed., nº 28, p. 348). Na verdade, a pretensão ajuizada é incogitável do ponto de vista jurídico. O divórcio extingue não só a sociedade conjugal, mas, igualmente, e tal asserção é truísmo, o vínculo que antes atava os cônjuges, no contrato especial que é o casamento. Assim, não subsiste o dever de mútua assistência previsto no CC, art. 231 [art. 1.566, CC/2002] (*RJTJSP* 90/51, 112/37 e 128/33.) (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 5. ed., p. 297 e 298.)

Há precedentes desta Corte:

> Divórcio. Rompimento do vínculo. Descabimento do pedido de verba alimentar. Direito não ressalvado. - Findo o casamento, com o rompimento dos vínculos legais entre os cônjuges pelo divórcio, descabe à mulher receber alimentos se tal direito não veio estipulado ou ressalvado na separação judicial ou na conversão em divórcio. Com efeito, uma vez dissolvido o vínculo matrimonial pelo divórcio, rompidos ficam todos os liames entre os cônjuges, marido e mulher - que não são parentes - passam a ser pessoas estranhas para as quais não subsiste o dever de mútua assistência própria do casamento. Daí que, independente da possibilidade ou não de dispensa ou renúncia aos alimentos, não tem a ex-mulher legitimidade para reclamar do ex-marido o pagamento de pensão alimentícia. Esta é a lição de Yussef Said Cahali (*Dos alimentos. 2. ed.* Revista dos Tribunais, p. 348). (TJMG, processo nº 1.0024.05.901209-6/001, Relatora: Maria Elza, data da publicação: 13.12.2007.)

> Família. Divórcio. Alimentos. Renúncia. Posterior pretensão. Impossibilidade. - Findo o casamento, com o rompimento dos vínculos legais pelo divórcio, não cabe mais ao ex-consorte requerer alimentos do outro se tal direito não foi ressalvado na separação ou na conversão em divórcio, havendo, ao contrário, expressa desistência aos alimentos. (TJMG, processo nº 1.0024.05.801649-4/001, Relatora: Vanessa Verdolim Hudson Andrade, data da publicação: 19.09.2008.)

> Direito de família. Separação judicial. Conversão em divórcio. Decorrido mais de 1 ano. Alimentos indevidos. Recurso improvido. - Decorrido mais de 1 (um) ano da decretação da separação judicial, é lícito à parte promover sua conversão em divórcio. Decretado o divórcio, opera-se o rompimento dos vínculos legais entre os cônjuges, descabendo à mulher receber alimentos se tal direito não

veio estipulado ou ressalvado na separação judicial ou na conversão em divórcio. (TJMG, processo nº 1.0324.08.059962-8/001, Relator: Carreira Machado, data da publicação: 18.11.2008.)

Apelação cível. Nulidade da decisão afastada. Ação de alimentos. Ex-mulher. Divórcio. Impossibilidade jurídica do pedido. - Não é nula a sentença que contém os requisitos estampados no art. 458 do Código de Processo Civil, visto que, havendo fundamentação, ainda que sucinta, de modo a transparecer as razões da convicção do julgador, não há de se lhe atribuir nulidade. - A mulher que dispensou alimentos em ação de separação, tendo, posteriormente, se divorciado, pondo, portanto, fim à sociedade conjugal, não pode vir a juízo pleitear pensão alimentícia de seu ex-cônjuge. (TJMG, processo nº 1.0338.05.041128-3/001, Relatora: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, data da publicação: 05.07.2007.)

Em razão do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pela apelante, cuja cobrança, todavia, suspendo, visto que litiga amparada pela assistência judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA ELZA e MANUEL SARAMAGO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Contrato de representação comercial - Competência territorial - Foro competente - Domicílio do representante - Art. 39 da Lei nº 4.886/65 com redação da Lei nº 8.420/92 - Inteligência

Ementa: Exceção de incompetência. Contrato de representação comercial. Foro competente. Domicílio do representante.

- Tratando-se de contrato de representação comercial, no caso de questão envolvendo a competência territorial, declara-se judicialmente competente o foro do domicílio do representante comercial, *ex vi* do art. 39 da Lei 4.886/65, com a redação da Lei 8.420/92.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0702.10.048012-9/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: Aloísio Teixeira Prado ME - Agravada: Eucatur Empresa União Cascavel Transportes Turismo Ltda. - 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 DAR PROVIMENTO

Belo Horizonte, 19 de janeiro de 2011. - *Domingos Coelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOMINGOS COELHO - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Aloísio Teixeira Prado ME, contra decisão de f. 49-51/TJ, prolatada pelo i. Juiz da 7ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, a qual acolheu a exceção de incompetência do Juízo e remeteu os autos a uma das Varas Cíveis da Comarca de Cascavel/Paraná, na ação ordinária de indenização por rescisão contratual unilateral de contrato de representação comercial, que move em desfavor de Eucatur Empresa União Cascavel Transportes Turismo Ltda.

Irresignada, sustenta a agravante que a excipiente, ora agravada, elegeu foro para discussão de qualquer controvérsia a cidade de Cascavel, porém tal cláusula contratual é completamente nula, visto que fere a Lei 4.886/65.

Ressalta que é regra da referida lei que o foro é o do domicílio da excepta, por isso não poderá prevalecer o contrato, ante a ofensa de dispositivo especial, que rege a espécie.

Salienta que, de acordo com o contrato social, a excepta possui filial em Uberlândia/MG, sendo inegável que a defesa naquela cidade é mais facilitada do que obrigar uma pequena empresa a ajuizar demanda em outro Estado.

O efeito suspensivo requerido foi concedido nos termos da decisão de f. 58 dos autos.

A agravada apresentou contraminutas às f. 66/72, nas quais requer a manutenção da decisão primeva.

Recurso próprio, tempestivo e isento de preparo. Dele conheço, já que presentes os pressupostos da sua admissibilidade.

Diante da inexistência de questões preliminares a serem analisadas, adentra-se de imediato o exame do mérito recursal.

E, nele, tenho que razão assiste à agravante.

Funda-se a lide principal em ação de indenização ajuizada pela agravante em desfavor da agravada, tendo como fundamento contrato de "prestação de serviços de cargas e encomendas", cujos instrumentos estão acostados às f. 22 e seguintes dos autos.

Nada obstante, tais instrumentos negociais permitem a conclusão de que se trata, na verdade, de contrato de representação comercial, regulado pela Lei 4.886/65, tanto que na cláusula primeira consta o regime jurídico:

> O presente instrumento contratual será regido pelo Código Comercial, Lei 4.886, de dezembro de 1965 e Código Civil Brasileiro, bem como toda a legislação pertinente (f. 22).

Ademais, a causa de pedir - tanto a remota, quanto a próxima - exposta na exordial se baseia na existência de uma relação contratual de tal tipo, qual seja de representação comercial, de sorte que é nesse diapasão que os pedidos deverão ser julgados.

Se se entenderá, quando do julgamento de mérito, que realmente existe contrato de representação comercial na espécie, ou não, é questão a ser dirimida *a posteriori*. Mas a questão da competência deve ser resolvida à luz da Lei 4.886, de dezembro de 1965, até porque assim dispuseram as partes na primeira cláusula do contrato que avençaram.

Isso posto, verifica-se que o cerne da irresignação recursal consiste no acolhimento da exceção de incompetência, esta instaurada pela agravada, com base na cláusula 22 do supracitado pacto, que estabelece o foro da Comarca de Cascavel/PR para dirimir quaisquer dúvidas ou litígios oriundos do contrato.

A meu aviso, contudo, socorre razão à agravante, impondo-se, na espécie, reconhecer a predominância de disposição legal específica, desconsiderando-se, por conseguinte, a cláusula de eleição de foro.

Com efeito, dispõe o art. 39 da Lei 4.886/65 (norma esta, lembre-se, que as próprias partes reconheceram reger a relação contratual), com a redação dada pela Lei 8.420/92, *verbis:*

> Para julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado é competente a Justiça Comum e o Foro do domicílio do representante, aplicando-se o procedimento sumaríssimo previsto no artigo 275 do Código de Processo Civil, ressalvada a competência do Juizado de Pequenas Causas.

Justamente em decorrência do preceito insculpido no citado artigo, o qual encerra uma norma especial e de ordem pública, prevendo foro específico para ajuizamento de ações embasadas em pacto de representação comercial, revela-se de nenhuma valia a cláusula contratual que preveja o deslocamento da competência legal para foro diverso.

É que a lei especial tem aplicação imperativa, afastando as normas genéricas, previstas no CPC.

A propósito, o entendimento ora sufragado é encampado pela jurisprudência deste egrégio Tribunal, confira-se:

> Agravo de instrumento. Contrato de representação comercial. Eleição de foro. Inválida. Competência do foro do domicílio do representante. - Em contrato de representação comercial com eleição de foro, não poderá prevalecer, nesse caso, o princípio da liberdade de contratar, em face da existência de lei específica, que taxativamente regule a matéria. O art. 39 da Lei 4.886/65, com redação dada pela Lei 8.420/92, definiu como competente para dirimir as controvérsias em contratos de representação, o foro do domicílio do representante. (Agravo de Instrumento nº 1.0344.05.024420-3/001, Rel. Fernando Caldeira Brant, j. em 22.03.2006.)

> Agravo de instrumento. Exceção de incompetência. Contrato de representação comercial. Foro de eleição. Afastamento. Foro de domicílio do representante. Prevalência. Lei 4.886/65, art. 39. - A Lei nº 4.886/65, que regula a profissão do representante comercial autônomo, em seu art. 39, modificado pela Lei nº 8.420/92, estabelece expressamente que o foro do domicílio do representante é o competente para julgamento das controvérsias que surgirem entre ele e o representado, devendo, pois, prevalecer sobre foro diverso daquele eleito pelas partes, por se tratar de norma especial. (Agravo de Instrumento nº 1.0439.07.070770-8/001, Rel. Tarcísio Martins Costa, j. em 29.04.2008.)

> Agravo de instrumento. Exceção de incompetência. Contrato de representação comercial. Foro de eleição. Não aplicação. - O foro competente para o julgamento das lides surgidas em razão de contrato de representação comercial é o do domicílio do representante comercial, conforme o disposto no art. 39 da Lei nº 4.886/65, com redação determinada pela Lei nº 8.420/92. (Agravo de Instrumento nº 1.0480.04.060121-7/001, Rel. Alvimar de Ávila, 08.02.2006.)

Também já tive oportunidade de assim decidir:

> Exceção de incompetência. Contrato de representação comercial. Foro competente. Domicílio do representante. - Tratando-se de contrato de representação comercial, e de adesão, no qual não se discutem com amplitude e liberdade as cláusulas estipuladas, que, na maioria das vezes, privilegia a parte economicamente mais forte e que ocasiona dificuldade de acesso à Justiça, tendo em vista a eleição do foro, declara-se judicialmente competente o foro do domicílio do representante comercial, *ex vi* do art. 39 da Lei 4.886/65, com a redação da Lei 8.420/92. (TJMG, Número do processo: 2.0000.00.397717-1/000(1), numeração única: 3977171-23.2000.8.13.0000, Rel. Domingos Coelho, data do julgamento: 19.02.2003.)

No mesmo sentido, a posição do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Competência. Representação comercial. Foro de eleição. - I - Havendo lei especial que taxativamente determine o foro do domicílio do representante como o local apropriado para dirimir conflitos entre as partes, contrato de adesão não poderá modificá-lo. - II - Recurso especial não conhecido. (REsp nº 608983/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 16.03.04.)

> Recurso especial. Contrato de representação. Foro de eleição. Desconsideração. Foro de domicílio do representante. Lei 4.886/65, art. 39. Precedentes. Recurso acolhido. - I - A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de intelecção suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificul-

dade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa. - II - Não reconhecida qualquer dessas circunstâncias, é de prevalecer o foro eleito. - III - Em se tratando, todavia, de contrato de representação, a cujo respeito há disposição expressa de lei a determinar o foro do domicílio do representante como sendo o lugar apropriado para a solução do litígio estabelecido entre as partes contratantes (art. 39 da Lei nº 4.886/65, modificado pela Lei n. 8.420/92), entende a Turma que não há de prevalecer o foro eleito por adesão. (REsp nº 149759/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 24.06.98.)

Agravo regimental. Representação comercial. Competência absoluta. - A competência do domicílio do representante, fixada no art. 39 da Lei 4.886/65, é absoluta e não pode ser alterada por disposição contratual. Precedentes. (AgRg no CC 73415, Segunda Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 12.09.07.)

Conflito de competência. Representante comercial. - A natureza da competência fixada no art. 39 da Lei nº 4.886, de 1965, na redação dada pela Lei nº 8.420, de 1992, é absoluta. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível Regional de Direito de Jacarepaguá, RJ. (CC 40585/ES, Segunda Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 14.12.05.)

Foro de eleição. Representação comercial. Contrato de adesão. - O foro de eleição previsto no contrato de adesão, porque significa dificuldade de acesso à Justiça, não tem validade. Tratando-se de contrato de representação comercial, a Lei 4.886/65, com a redação da Lei 8.420/92, fixa a competência do foro do domicílio do representante. (REsp 47074, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* em 06.02.95, 4ª T.)

Lado outro, é evidente que a aludida cláusula de eleição de foro importará em prejuízos à agravante, que, para cumpri-la, seria obrigada a se deslocar de sua sede (Uberlândia/MG) para comarca situada em outro Estado (Paraná), no afã de acompanhar o trâmite do processo.

Assim, ao regular a competência para os dissídios oriundos dos contratos de representação comercial, a lei transformou o tema em matéria de ordem pública e, portanto, retirou-a do poder de disponibilidade das partes; razão pela qual deve ser aplicado o foro do domicílio do representante comercial, dado o seu caráter de norma processual cogente.

Ao impulso de tais considerações, dou provimento ao agravo, determinando o regular prosseguimento do feito na Comarca de Uberlândia/MG.

Custas recursais, pela agravada.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA e ALVIMAR DE ÁVILA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Estabelecimento de ensino público - Menor - Escola mais próxima da residência - Efetivação de matrícula - Negativa do Estado - Educação - Direito fundamental - Pedido administrativo - Conselho Tutelar - Mandado de segurança - Liminar - Deferimento

Ementa: Mandado de segurança. Negativa do Estado em efetivar a matrícula de menor em escola da rede pública de ensino. Educação. Direito fundamental. Garantia da efetivação da matrícula.

- O direito à educação, assegurado pela Constituição da República e pelo ECA, deve ser garantido de forma ampla e irrestrita, compreendendo o direito da criança e do adolescente de matricular-se na instituição pública de ensino próxima de sua residência.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0382.10.001219-6/001 - Comarca de Lavras - Remetente: Juiz de Direito da Vara Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca Lavras - Autor: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Ré: Diretora da Escola Estadual Cinira Carvalho - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 15 de fevereiro de 2011. - *Geraldo Augusto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. GERALDO AUGUSTO - Conhece-se do reexame necessário, nos termos do § 1º do art. 14 da Lei 12.016/09.

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra ato da Diretora da Escola Estadual Cinira de Carvalho, pretendendo a efetivação da matrícula do menor R.A.N. na mencionada instituição de ensino.

A sentença, confirmando a liminar anteriormente deferida às f. 23/24, concedeu a segurança pleiteada (f. 35/39).

Não houve interposição de recurso voluntário pelas partes.

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pela confirmação da sentença no reexame necessário (f. 53/59).

Examina-se o reexame necessário.

No mandado de segurança, como se sabe, quando manifesta a comprovação de situação fática reveladora da prática de ato ilegal por autoridade pública ofensiva a direito líquido e certo do impetrante, impõe-se a concessão da segurança (art. 1º da Lei 12.016/09).

Da análise dos autos, observa-se que o menor R.A.N. teve sua matrícula negada pela Direção da Escola Estadual Cinira de Carvalho, sendo que o referido estabelecimento de ensino é o mais próximo de sua residência.

Outrossim, é de se ressaltar que, inicialmente, buscou-se, administrativamente, sem êxito, junto ao Conselho Tutelar, a solução da questão.

Prescreve o art. 205 da Constituição da República:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Ademais, prescreve o art. 53, V, da Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:
> [...]
> V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Portanto, sob todos os aspectos analisados, mostra-se correta a sentença de concessão da segurança.

Com tais razões, em reexame necessário, confirma-se a sentença.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE e ARMANDO FREIRE.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

...

Medida cautelar - Litispendência - Antecipação de tutela - Princípio da fungibilidade - Obrigação de fazer - Tutela específica - Requisitos - Concurso público

Ementa: Agravo de instrumento. Litispendência. Medida cautelar. Tutela antecipada. Fungibilidade. Obrigação de fazer. Tutela específica. Requisitos. Concurso público.

- Não se verifica a existência de litispendência entre mandado de segurança e ação cautelar, notadamente quando, antes do ajuizamento do procedimento cautelar, há desistência da ação mandamental.

- Em decorrência do princípio da fungibilidade das tutelas de urgência, consagrado no art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil, é possível a concessão de tutela antecipada requerida a título de medida cautelar e vice-versa (tese do "duplo sentido vetorial"), desde que presentes os requisitos para sua viabilização.

- Em se tratando de obrigação de fazer, o caso deve ser analisado nos termos da norma inserta no art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a concessão da tutela específica, a qual, para ser concedida, exige o preenchimento dos requisitos elencados no art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil: relevância do fundamento da demanda e perigo de ineficácia do provimento final.

- Apresenta-se legítima a exigência editalícia consubstanciada na formação em curso superior de Farmácia com especialização em Bioquímica para exercício do cargo de Bioquímico no âmbito da Administração Pública Municipal, pois o ente político possui autonomia para estabelecer normas e organizar seu próprio funcionalismo, tendo competência legislativa para fixar requisitos e exigências para preenchimento dos cargos, empregos e funções públicas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0470.10.005867-1/001 - Comarca de Paracatu - Agravante: Rita de Cássia Medeiros de Oliveira - Agravado: Município de Paracatu - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de março de 2011. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Relatório.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação de tutela recursal, interposto por Rita Cássia Medeiros de Oliveira em face da r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Rodrigo Melo Oliveira, da 2ª

Vara Cível da Comarca de Paracatu, que, nos autos da ação cautelar ajuizada em face do Município de Paracatu, indeferiu a liminar.

Agravo recebido às f. 76/77.

Informações à f. 82.

Contraminuta apresentada às f. 84/94.

I - Da preliminar de litispendência.

O Município de Paracatu suscita, em sua contraminuta, litispendência, haja vista a impetração de mandado de segurança cujo objeto consiste na nomeação e posse no cargo de bioquímico.

Não vislumbro a existência do referido pressuposto processual negativo.

Primeiro, porque a anterior impetração do mandado de segurança com pedido idêntico à medida jurisdicional pleiteada na presente ação implicaria falta de interesse processual, pois, a despeito de a tutela de urgência possuir caráter satisfativo, tratra-se de procedimento cautelar, o que afasta a configuração de litispendência em razão de sua natureza acessória, subsidiária ao processo de conhecimento e de execução.

Segundo, porque, ainda que se entenda pela aplicação do princípio da fungibilidade, o que autorizaria ao Magistrado apreciar o pedido cautelar como tutela antecipada e determinar a emenda da inicial para adequação do rito processual, a impetrante pleiteou, antes do ajuizamento da ação cautelar, a desistência da ação mandamental, que fora julgada extinta, sem resolução do mérito, conforme se depreende da sentença acostada às f. 132/134.

Dessa forma, rejeito a preliminar.

II - Da ausência dos requisitos necessários à concessão da medida jurisdicional pleiteada.

Insurge-se em face da decisão interlocutória, argumentando, em síntese, ter direito à nomeação e posse no cargo de bioquímico, por se encontrar habilitada para tanto, nos termos das Leis Federais nº 6.684/79 e nº 6.686/79.

O MM. Juiz *a quo* indeferiu a liminar, ao fundamento de inexistir plausibilidade no direito invocado, pois o edital exige, como condição para o exercício do cargo almejado, a formação em curso superior de Farmácia com especialização em Bioquímica, além do registro no órgão de classe competente, requisitos não atendidos pela autora, que possui formação no curso superior de Biomedicina.

Inicialmente, cumpre esclarecer, a medida jurisdicional pleiteada pela agravante possui natureza satisfativa, e não acautelatória, pois visa antecipar, parcialmente, o provimento cognitivo, e não tutelar o processo de conhecimento.

Entretanto, em decorrência do princípio da fungibilidade das tutelas de urgência, consagrado no art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil, é possível a concessão de tutela antecipada requerida a título de medida cautelar e vice-versa (tese do "duplo sentido vetorial"), desde que presentes os requisitos para sua viabilização.

Contudo, por se tratar de obrigação de fazer, o caso deve ser analisado nos termos da norma inserta no art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a concessão da tutela específica.

A tutela específica, para ser concedida, exige o preenchimento dos seguintes requisitos: relevância do fundamento da demanda e perigo de ineficácia do provimento final.

Sobre os pressupostos da tutela específica, leciona Nelson Nery Júnior:

> A tutela específica pode ser adiantada, por força do CPC 461, § 3º, desde que seja relevante o fundamento da demanda (*fumus boni iuris*) e haja justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*). É interessante notar que, para o adiantamento da tutela de mérito, na ação condenatória em obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento *tout court* (CPC 273). É suficiente a mera probabilidade, isto é, a relevância do fundamento da demanda, para a concessão da tutela antecipatória da obrigação de fazer ou não fazer, ao passo que o CPC 273 exige, para as demais antecipações de mérito: a) a prova inequívoca; b) o convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação; c) o *periculum in mora* (CPC 273 I) ou o abuso do direito de defesa do réu (CPC 273, II) (NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 587).

Nesse contexto, não vislumbro plausibilidade no direito invocado pela agravante, pois, como bem ressaltou o MM. Juiz *a quo*, não preenche os requisitos estabelecidos no edital para investidura no cargo, isto é, curso superior em Farmácia, especialização em Bioquímica e registro no órgão competente.

O fato de ser graduada em Biomedicina não supre a exigência acima mencionada, não autorizando sua nomeação para o cargo em questão, porquanto, a despeito do estabelecido na legislação federal que regulamenta a profissão de biomédico, no âmbito municipal, prevalece a exigência fixada no edital, haja vista a autonomia político-administrativa do ente municipal, inclusive para estabelecer normas e organizar seu próprio funcionalismo, tendo competência legislativa para fixar requisitos e exigências para preenchimento dos cargos, empregos e funções públicas.

III - Conclusão.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FERNANDO BOTELHO e EDGARD PENNA AMORIM.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Conflito negativo de competência- Regulação de visitas - Interdição e curatela - Ausência de identidade das partes e causa de pedir ou pedido - Curatela transitada em julgado - Reunião dos processos - Ausência de pressupostos

Ementa: Conflito negativo de competência. Pedido de regulamentação de visitas e procedimento de interdição e curatela. Ausência de identidade de partes, causa de pedir ou pedido. Curatela já julgada definitivamente. Reunião dos processos. Ausência de pressupostos.

- A reunião dos processos, com modificação da competência, exige caracterização da conexão/continência ou, ainda, a acessoriedade das demandas.

- Entre uma ação de regulamentação de visitas e o procedimento de interdição com nomeação de curador não há qualquer relação a justificar a reunião dos autos, notadamente quando esta última já se encontra definitivamente julgada.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0000.10.048744-6/000 - Comarca de Juiz de Fora - Suscitante: Juiz de Direito da 1ª Vara de Família da Comarca de Juiz de Fora - Suscitado: Juiz de Direito da 4ª Vara de Família da Comarca de Juiz de Fora - 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 Maurício Barros, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO.

Belo Horizonte, 22 de março de 2011. - *Sandra Fonseca* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SANDRA FONSECA - Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo juízo da 1ª Vara de Família da Comarca de Juiz de Fora nos autos da ação proposta por L.A.A.M. e outro em face de R.C.N.M., curador do genitor das partes, em que pretende seja garantido o seu direito de visitas ao pai.

Recebida a inicial e retornando os autos da Promotoria de Justiça, o juízo suscitado verificou a existência de ação de curatela/interdição em trâmite no juízo suscitante, concluindo, assim, pela necessidade de reunião dos processos "a fim de possibilitar uma proteção mais eficaz aos interesses do incapaz" (f. 30-TJ).

Redistribuído o feito à 1ª Vara de Família, o MM. Juízo suscitou o presente conflito negativo, sustentando que "o curatelado possui curador regular e legitimamente nomeado. Exercendo as funções que lhe foram atribuídas, poderá o curador praticar qualquer ato em defesa dos direitos e interesses do curatelado em qualquer esfera do Poder Judiciário (...)". Destacou ainda a ausência do risco de decisões conflitantes.

O Juízo suscitado prestou informações às f. 42/44-TJ.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do conflito para declarar a competência do juízo da 1ª Vara de Família da Comarca de Juiz de Fora (f. 76/78-TJ).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do conflito.

Foi ajuizada por L.A.A.M., em seu nome e na qualidade de curador do seu irmão C.M.M.J., ação sob o rito ordinário com pedido de regularização do direito de visitas ao pai C.M.M, ação esta distribuída ao juízo da 1ª Vara de Família de Juiz de Fora. Em sua petição inicial o autor informa que ele e seu irmão são filhos do primeiro casamento de C.M.M. e que este se encontra atualmente sob a curatela de R.C.N., filho do seu segundo casamento. Sustenta que o pai encontra-se com saúde bastante debilitada e reside atualmente com o filho R., que vem impondo diversos obstáculos para que os requerentes visitem o genitor.

A ação de curatela mencionada pelo autor da ação (1.0145.09.509804-5) já se encontra definitivamente julgada pelo juízo da 1ª Vara de Família, conforme se observa pelo andamento processual disponibilizado no site oficial deste Tribunal de Justiça.

Não há, como se vê, identidade de partes, pedido ou causa de pedir, sendo também ausente a acessoriedade entre as demandas.

Atenta leitura da petição inicial da ação de regulamentação de visitas revela que o autor não se insurge contra a nomeação do seu irmão R.C.N.M. como curador de seu genitor, somente pleiteando que lhe seja garantido o direito de visitas ao pai.

O presente caso, portanto, não se amolda à hipótese de conexão prevista no art. 103 do CPC, a ensejar modificação de competência.

A propósito, em caso semelhante já se manifestou no mesmo sentido esta e. Sexta Câmara Cível:

> Processual civil. Conflito negativo de competência. Ação de regulamentação de visita. Conexão por acessoriedade com a anterior ação de alimentos. Inexistência. Incompetência do juízo regional para a demanda proposta. Competência da Vara da Família (juízo suscitado). - Inexistindo conexão por falta de identidade das partes, bem como não se verificando a alegada acessoriedade, nos termos do art. 108 do CPC, aliada ao fato da incompetência do Juízo Regional para a ação proposta, deve ser declarada a competência do Juízo suscitado (Vara da Família) para o processamento e julga-

mento da ação de regulamentação de visitas (CC nº 1.0000.07.458364-2.000, Relator Des. Maurício Barros, j. em 02.10.2007).

Relevante anotar que a cópia de petição acostada às f. 31/32-TJ demonstra que o autor apresentou pedido de renúncia da ação, cuja análise, certamente, está a aguardar a definição de competência por este e. Tribunal de Justiça.

Com essas considerações, acolho o presente conflito e declaro a competência para julgamento e processamento do processo de origem do juízo suscitado, da 4ª Vara de Família da Comarca de Juiz de Fora, determinando a remessa dos autos, na forma do parágrafo único do art. 122 do CPC.

Comunique-se ao MM. Juiz suscitante.

Sem custas.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES MAURÍCIO BARROS e ANTÔNIO SÉRVULO.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO.

...

Interdito proibitório - Posse anterior - Turbação ou esbulho - Justo receio - Prova - Existência

Ementa: Interdito proibitório. Posse anterior. Justo receio de turbação ou esbulho. Prova. Existência.

- Restando comprovada a posse anterior dos autores, bem como o justo receio de ela ser turbada ou esbulhada, correta a sentença que reconhece a procedência do pedido em ação de interdito proibitório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0512.08.056958-9/003 - Comarca de Pirapora - Apelante: João de Assis Peres - Apelados: Geraldo Soares da Costa e outro - 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, 17 de fevereiro de 2011. - *José Affonso da Costa Côrtes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Conheço do recurso de apelação porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 215/222, que, nos autos da ação de interdito proibitório ajuizada por Geraldo Soares da Costa e Gabriel Antônio de Azevedo em face de João de Assis Peres, julgou procedente o pedido inicial, ordenando a expedição de mandado proibitório, do qual deverá constar que ao requerido fica vedado praticar qualquer ato de turbação ou esbulho referentemente ao imóvel que se encontra sob a posse dos autores, consistente em área total de 455,48 ha de um imóvel rural situado na Fazenda Morrinhos, em Jequitaí/MG, sob pena de sanção pecuniária de R$1.000,00 para cada ato de esbulho ou turbação. Além disso, condenou o requerido ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que fixou em R$ 800,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

O requerido interpôs embargos de declaração às f. 224/226 rejeitados à f. 237.

Insurge-se João de Assis Peres às f. 249/262 sustentando ausência dos requisitos essenciais ao procedimento do interdito proibitório; assevera que os apelados possuem a posse precária do imóvel invadido, já que os atuais proprietários do imóvel não mantiveram o contrato de arrendamento; afirma que os apelados não comprovaram o justo receio de serem molestados em sua posse; sustenta que o simples fato de tirar fotografias do local com o intuito de instruir ação futura, visando retomar a posse do imóvel, não constitui justo receio de forma a justificar a concessão de interdito proibitório, porquanto agiu no exercício regular de um direito; afirma que nenhuma ameaça foi feita; requereu ao final provimento ao recurso, reformando a sentença, julgando improcedentes os pedidos iniciais com a inversão dos ônus da sucumbência.

Contrarrazões às f. 267/270 pugnando pela manutenção do julgado.

Sem preliminares, adentro o mérito.

A irresignação do apelante não merece prosperar.

Ao que se vê dos autos, Geraldo Soares da Costa e Gabriel Antônio de Azevedo ajuizaram ação de interdito proibitório em face de João de Assis Peres, ora apelante, objetivando obstar a realização de qualquer ato atentatório ao livre exercício da posse sobre o imóvel rural com área total de 455,48 ha, situado na Fazenda Morrinhos, em Jequitaí/MG.

Como cediço, o interdito proibitório constitui ação de natureza preventiva e tem por objetivo impedir que se concretize a prática de atos de turbação ou esbulho na posse.

O art. 932 do CPC prevê:

> Art. 932. O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

Joel Dias Figueira Júnior, em sua obra *Liminares nas ações possessórias*, ensina:

> Seu objeto imediato é, da mesma forma, a manutenção do possuidor na posse, através da proteção contra futuras turbações ou atos espoliativos, impedindo a prática de atos de terceiros capazes de violar o poder de ingerência do sujeito dessa relação sobre o bem respectivo, ou seja, o pedido destina-se a obter a tutela jurisdicional para evitar previsíveis consequências, ainda não manifestadas, que o possuidor teme razoavelmente sofrer. (2. ed. Ed. RT, p. 76.)

Assim, para que o possuidor de um bem seja resguardado da turbação ou esbulho que receia ocorrer, exige-se, a teor do art. 932 do CPC, seja a posse atual, e que, na iminência da prática dos atos espoliativos, encontre-se o possuidor na posse da coisa. Tais são, portanto, os requisitos mínimos para o aduzido interdito possessório, vale dizer, a posse e o fundado temor de turbação ou esbulho. E mais: a prova da presença de tais requisitos pode ser produzida por documentos, testemunhas ou mesmo perícia.

No caso em exame, restou comprovado o exercício inequívoco da posse anterior pelos apelados, primeiro requisito para aquele que pretende colocar-se sob o pálio da proteção possessória.

A posse, como se sabe, segundo a teoria objetiva de *Ihering*, adotada pelo Código Civil, é o poder de fato sobre a coisa, sendo possuidora a pessoa que exterioriza um direito sobre o bem possuído.

Veja-se a redação do art.1.196 do Código Civil:

> Art.1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Nesse contexto, tenho que as provas constantes dos autos, vale dizer, documental e testemunhal, autorizam ao julgador convencer-se da existência da posse anterior dos recorridos sobre a área em litígio.

Corrobora essa conclusão o depoimento da testemunha Francisco Oliveira:

> Que os autores têm a posse do imóvel descrito na inicial há uns 17 anos e usam o bem como moradia, fazem plantações e tem criações de gado, porcos e galinhas [...] (f. 197).

Dessarte, é de se ver que a testemunha logrou demonstrar que os apelados detêm a posse da área em litígio, circunstância que se faz determinante para o julgamento da lide.

Irrelevante, no caso, a questão relativa à titularidade da propriedade da área em litígio, haja vista que a presente ação se situa no âmbito do juízo possessório.

Por outro lado, tenho que restou caracterizado o justo receio de turbação ou esbulho pelo apelante, requisito de igual forma essencial à utilização do interdito proibitório.

Mais uma vez, Joel Dias Figueira Junior esclarece:

> O justo receio de sofrer molestação importa em temor fundado, e não em mera probabilidade, especulação ou ilação do possuidor. Resultará de ameaça (verbal ou escrita) ou terá como causa o comportamento do sujeito que exprima a sua vontade inequívoca em traduzir os seus gestos em atos de moléstia (esbulho ou turbação). Em outras palavras, significa 'um receio fundado em fatos concretos e passíveis de demonstração, de que a posse seja turbada ou de que ele seja privado da posse' (op. cit., p. 75).

Volvendo à realidade dos autos, os recorridos apontam como fundado receio em ver a posse na iminência de ser molestada o fato de o requerido/apelante e demais pessoas, sem permissão, terem adentrado no imóvel para fazer filmagem e fotos, bem como dizendo que iam retirar os requeridos do imóvel.

A propósito, o próprio requerido relata:

> Que foi até o imóvel indicado na inicial para tirar fotos visando comprovar a invasão do imóvel pelos autores e o crime ambiental que estava sendo cometido [...]; que não comunicou previamente aos autores que entraria no imóvel [...] (f. 196).

De fato, tais atitudes, comprovadas pelo próprio apelante constituem fatos contundentes e objetivos, e não meras ilações, infundindo nos autores um estado de temor quanto à moléstia em sua posse.

Portanto, demonstrado que os apelados detêm a posse anterior sobre a área em litígio, bem como o justo receio da prática de esbulho nessa posse, incensurável a r. sentença que julgou procedente o pedido inicial, impondo o dever cominatório de abstenção de atos de moléstia ao apelante.

Nesse sentido, já se manifestou a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

> Interdito proibitório. Alegação de propriedade de parte do imóvel. Impossibilidade de discussão. Via inadequada. Posse comprovada. Turbação. Ameaça confirmada. Pedido procedente. Em ações possessórias, a discussão se limita à comprovação da posse, nos termos do art. 927, I, do Código de Processo Civil, e, provada esta, impõe-se a procedência do pedido, devendo outras questões, como as relativas à propriedade ou limites do imóvel, ser discutidas em ação própria, pois extrapolam o objeto destas ações. Comprovada a ameaça de turbação, o possuidor tem o direito de ser preventivamente mantido na posse, devendo o réu se abster de praticar atos com a finalidade de concretizar a agressão. Preliminar não conhecida e recurso não provido (Apelação nº 0009011-47.2003.8.13.0572, Rel. Des. Gutemberg da Mota e Silva, *DJ* de 20.11.2009).

Por fim, quanto à alegação de que os autores foram notificados para desocupar o imóvel, observo que o próprio apelante à f. 196 declarou: "[...] que não propôs notificação para os autores desocuparem o imóvel [...]".

Presentes, portanto, os requisitos necessários ao deferimento do interdito proibitório.

Com base em tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença objurgada.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍLIO GABRIEL e TIBÚRCIO MARQUES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Execução - Arrematação do bem - Crédito obtido - Preferência do crédito condominial sobre o hipotecário - Cabimento

Ementa: Agravo de instrumento. Execução. Crédito obtido com a arrematação do bem. Preferência do crédito condominial sobre o hipotecário. Cabimento. Decisão mantida.

- Tratando a dívida cobrada de débito decorrente de taxa condominial, sobre o valor do crédito obtido com a arrematação do bem tem preferência o condomínio, ora agravado, em detrimento, até mesmo, do crédito hipotecário que pretende defender a agravante, já que o inadimplemento perante o condomínio levará, inegavelmente, à desvalorização do próprio imóvel objeto da hipoteca.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0145.03.062467-3/003 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: CEF - Caixa Econômica Federal - Agravados: Condomínio do Edifício Centro Empresarial Alber Ganimi, José Raimundo de Souza Meneguelli e outro - RELATOR: DES. BATISTA DE ABREU

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Batista de Abreu, 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, 3 de março de 2011. - *Batista de Abreu* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BATISTA DE ABREU - CEF - Caixa Econômica Federal interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível de Juiz de Fora, que, na ação de execução ajuizada por Condomínio do Edifício Centro Empresarial Aber Ganani, em face de José Raimundo de Souza Meneguelli, que determinou a expedição de alvará para levantamento da importância devida, obtida com a arrematação, ao condomínio requerente, ao entendimento de que tem este preferência de crédito em detrimento do credor hipotecário, em se tratando de crédito proveniente de débito condominial.

Argumenta a agravante, em síntese, que deve ser respeitada a preferência de crédito da Caixa, com base nos arts. 333, II; 958; 961 e 1.422 do novo Código Civil e arts. 709, II, e 711 do CPC.

Pedido de efeito suspensivo deferido à f. 49-v.-TJ.

Contraminuta às f. 53/57, com óbvias infirmações ao recurso aviado.

Conheço do recurso, porque se acham presentes as condições de admissibilidade, para, no entanto, negar-lhe provimento.

Como se sabe, a responsabilidade do condômino perante o condomínio constitui obrigação *propter rem*, ou seja, própria da coisa, já que objetiva assegurar a conservação do próprio bem. Assim, o descumprimento dessa obrigação pelo devedor poderia, até mesmo, comprometer a existência do imóvel, tendo em vista se tratar de valores destinados à sua manutenção, conservação e também melhoria.

Por essa razão, tem-se que, como é pacífico o entendimento da jurisprudência, os débitos dessa natureza devem ter preferência àquele que deu ensejo à hipoteca que recai sobre o mesmo imóvel, no caso, objeto de penhora regularmente constituída nos autos principais.

Nesse sentido, já decidiu este eg. Tribunal de Justiça:

> Agravo de instrumento. Execução. Despesas condominiais. Preferência. Credor hipotecário. Não ocorrência. - Os débitos condominiais têm preferência sobre os valores que dão azo a crédito hipotecário sobre bem objeto de penhora, visto que recaem sobre a própria coisa constrita, devendo o credor hipotecário perceber o resultado de eventual arrematação judicial após descontados os valores relativos ao condomínio (TJMG - Ag. 1.0024.05.815977-3/002 - Rel. Desembargador Domingos Coelho - pub. em 24.05.2010).
>
> Ementa: Agravo de instrumento. Penhora. Imóvel objeto de hipoteca. Resultado da arrematação. Direito do credor hipotecário. Desconto dos débitos condominiais. - Os débitos condominiais têm preferência sobre os valores que dão azo a crédito hipotecário sobre bem objeto de penhora, visto que recaem sobre a própria coisa constrita, devendo o credor hipotecário perceber o resultado de eventual

arrematação judicial após descontados os valores relativos ao condomínio (TJMG - Ag. 1.0024.00.050025-6/001 - Rel. Desembargador Otávio Portes - pub. em 24.08.2007).

Portanto, como muito bem decidiu o ilustre Magistrado *a quo*, tratando-se de dívida cobrada por inadimplemento condominial, sobre o valor do crédito obtido com a arrematação do bem, tem preferência o condomínio, ora agravado, em detrimento, até mesmo, do crédito hipotecário que pretende defender a agravante, já que, como dito, o inadimplemento perante o condomínio levará, inegavelmente, à desvalorização do próprio imóvel objeto da hipoteca.

A agravante, quanto ao valor remanescente do crédito da agravada, deverá pleitear o seu direito em procedimento próprio.

Com tais fundamentos, nego provimento ao recurso de agravo de instrumento.

Custas, pelo agravante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA e OTÁVIO PORTES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Tiro disparado por terceiro nas dependências de um clube - Falha na segurança - Má prestação de serviço - Nexo causal - Prova - Culpa daquele que fez o disparo - Impossibilidade - Responsabilidade objetiva do estabelecimento que promoveu o evento - Danos morais - Valor - Redução - Inadmissibilidade - Situação apurada considerada grave - Risco para a vida da vítima - Litigância de má-fé - Não ocorrência

Ementa: Apelação cível. Preliminar de ofício. Conhecimento parcial das contrarrazões. Ação de indenização por danos materiais e morais. Frequentador de clube alvejado com disparo de arma de fogo. Evento promovido pelo clube. Falha na segurança. Responsabilidade objetiva. Ausência de excludente. Condenação ao pagamento de danos materiais e morais. Danos morais. Fixação do *quantum* indenizatório. Prudente arbítrio.

- Sendo as contrarrazões peça de contraposição ao que é alegado e pedido no recurso, nela não se pode formular pedido em relação à parte contrária, pois sua finalidade é responder ao que está sendo postulado no recurso.

- A responsabilidade do clube em relação a evento que promove é objetiva, sendo de sua responsabilidade zelar pela segurança dos frequentadores.

- Apurando-se que uma arma de fogo adentrou nas dependências do clube, tendo ocorrido disparo que alvejou um dos frequentadores do evento promovido, não há como afastar sua responsabilidade, já que houve falha no procedimento de segurança, cuja obrigação é sua.

- Provados os requisitos ensejadores do dever indenizatório, impõe-se a condenação ao pagamento de danos materiais e morais.

- A fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais deve dar-se com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0480.06.082783-3/001 - Comarca de Patos de Minas - Apelante: Paraíso Camping Club - Apelado: Valdinei Antonio da Silva - Relator: DES. PEDRO BERNARDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Pedro Bernardes, 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 DAS CONTRARRAZÕES. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO E INDEFERIR O PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO APELANTE POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

Belo Horizonte, 3 de março de 2011. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Trata-se de apelação interposta por Paraíso Camping Club contra sentença (f. 146/150) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Patos de Minas, que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na inicial.

Em razões de f. 153/157, sustenta o réu, ora apelante, em síntese, que os fundamentos adotados na sentença foram os mesmos da contestação, porém, com

interpretação diversa, dando um sentido diferente ao depoimento das testemunhas; que o documento de f. 108 não foi analisado, em que há renúncia do autor ao direito de representar criminalmente seu amigo Julio César Martins da Silva, que efetuou os disparos; que o apelado não comprovou que tenha sido convidado ou tenha adquirido qualquer convite para entrar no evento; que quem provocou o acidente foi o amigo do apelado, que é agente penitenciário e estava portando a arma causadora do acidente; que foi requerida a denunciação da lide de Julio César Martins, para prevenir responsabilidades; que, na quantificação da indenização, a jurisprudência tem decidido que devem ser levadas em conta as circunstâncias do caso, a situação das partes e a gravidade da ofensa; que o fato ocorrido deve ser imputado à imprudência do apelado e de seu amigo Julio César Martins, que adentraram no clube portando arma de fogo, ludibriando a Polícia Militar, que fazia segurança na portaria do evento; que, pela prova testemunhal, é possível concluir que a culpa foi do amigo do apelado; que, ao se julgar procedente a pretensão, foram ignorados todos os depoimentos prestados no inquérito policial; que deve ser dado provimento ao recurso, para que seja julgada improcedente a pretensão formulada na inicial; que, se acaso mantida a condenação, entende que o valor fixado a título de danos morais deve ser reduzido. Tece outras considerações e, ao final, pugna pelo provimento de seu recurso.

Contrarrazões às f. 162/165, nas quais alega o apelado, preliminarmente, que o recurso interposto tem por finalidade apenas protelar o resultado final da ação jurisdicional, de modo que deve ser o apelante condenado ao pagamento da multa prevista no inciso VII do art. 17 do CPC; que a sentença não contrariou nenhuma prova e muito menos o direito expresso; que o valor da condenação a título de danos morais, no seu entender, foi baixo, de modo que, se o Tribunal entender, deve de ofício majorar a condenação. Tece outras considerações e, ao final, pugna pelo não provimento do recurso.

Preparo à f. 158.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

1 - Preliminar de ofício - conhecimento parcial das contrarrazões.

O apelado, nas contrarrazões, alega que o valor fixado a título de indenização por danos morais é ínfimo, devendo ser majorado, ao contrário do pretendido nas razões do apelo.

A referida pretensão, porém, não pode ser conhecida, visto que não formulada na via processual própria.

Se o apelado pretendia a majoração do valor fixado a título de danos morais, deveria ter interposto recurso de apelação; não formulado o pedido em sede de contrarrazões.

As contrarrazões são peças de contraposição ao que é alegado e pedido no recurso. Nesta peça, não se pode formular pedido em relação à parte contrária, pois sua finalidade é responder ao que está sendo postulado no recurso.

Assim, quanto à referida alegação, bem como quanto ao pedido daí decorrente, as contrarrazões não podem ser conhecidas.

Com essas razões, conheço parcialmente das contrarrazões de f. 162/164.

Inexistentes outras questões preliminares, passo ao imediato exame do mérito.

2 - Mérito.

Valdinei Antônio da Silva ajuizou a presente ação visando a ser indenizado por danos morais e materiais em face do apelante, Paraíso Camping Club, tendo o pedido sido julgado procedente, o que motivou a interposição do presente recurso, no qual se questiona a condenação e, alternativamente, o valor fixado a título de danos morais.

Pois bem.

Necessário examinar, inicialmente, se agiu com acerto o MM. Juiz *a quo*, ao condenar o apelante ao pagamento de danos materiais e morais.

Para que surja a obrigação de indenizar, é necessária a comprovação de causa e efeito entre o fato e o dano, isto é, mostra-se essencial que se comprove que a conduta de quem se pretende exigir a reparação foi causadora do dano, com dolo ou culpa.

Segundo Maria Helena Diniz:

> Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja:
> a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (*RT*, 443:143, 450:65, 494:35, 372:323, 440:74, 438:109, 440:95, 477:111 e 470:241);
> b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo (*RT*, 436:97 e 433:88);
> c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente (*RT*, 477:247, 463:244, 480:88, 481:211, 479:73 e 469:84). (In *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 169.)

Com efeito, a fixação da responsabilidade indenizatória pressupõe a existência de ato ilícito, dano efetivo e nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o alegado dano.

Carlos Roberto Gonçalves, in *Responsabilidade civil, 8. ed.* Editora Saraiva, 2003, p. 475, assim leciona:

> Para que haja a obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador

do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no art. 186 do Código Civil. 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, cabia afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo.

Dano moral, conforme o conceitua S.J. de Assis Neto,

> é a lesão ao patrimônio jurídico materialmente não apreciável de uma pessoa. É a violação do sentimento que rege os princípios morais tutelados pelo direito. (*Dano moral*: aspectos jurídicos. 1. ed., segunda tiragem. Ed. Bestbook, 1998.)

Tratando-se de relação de consumo, contudo, o fornecedor responde pela má prestação do serviço, independentemente de culpa, conforme dispõe o *caput* do art. 14 do CDC.

No presente caso, conforme se verifica, o que está em discussão é a prestação do serviço pelo apelante, de modo que basta que sejam comprovados o dano, o ato ilícito e o nexo de causalidade, sendo dispensável a perquirição acerca da culpa.

Restou incontroverso que, no dia 1°.10.2005, o apelado foi alvejado com um projétil de arma de fogo enquanto se encontrava dentro das dependências do clube apelante, em um evento festivo de carnaval fora de época (f. 13/15 e f. 123/131).

Também restou incontroverso que, em razão do fato narrado, o apelante foi conduzido ao Hospital Regional Antônio Dias/Fhemig, sendo que, na oportunidade, foi ele medicado e colocado em observação, tendo sido desaconselhada a cirurgia, a fim de evitar maiores complicações, em razão do local em que se encontra alojado o projétil (f. 122/131).

Não há dúvida acerca do abalo moral do autor, visto que este foi alvejado por uma arma de fogo e, pior, em uma região que poderia lhe ter ceifado a vida ou mesmo lhe causado invalidez de membros.

Ademais, o projétil ainda se encontra alojado no organismo do autor, o que não retira a possibilidade de ele ainda vir a sofrer dores em decorrência do evento narrado.

O clube apelante entende, todavia, que não pode ser responsabilizado no presente caso, já que o fato foi causado por terceiro em sua dependência, que trabalhava no momento como segurança do evento, através da empresa de segurança Naja.

Sustenta que, nesse caso, há excludente da responsabilidade, nos termos do inciso II, § 3°, do art. 14 do CDC.

Após analisar com acuidade o processado, contudo, tenho que razão não lhe assiste.

O fato de a arma de fogo ter sido disparada por terceiro identificado nos autos não afasta a culpa da empresa apelante, que falhou no seu dever de impedir que tal instrumento adentrasse em suas dependências, seja antes ou durante o evento.

Houve, sim, falha na prestação do serviço, ao se deixar que uma arma de fogo adentrasse em suas dependências.

Ao prestar um serviço dessa natureza, envolvendo um evento festivo, principalmente de carnaval fora de época, em que o excesso por parte dos frequentadores é previsível, devem-se redobrar os cuidados.

Redobrar os cuidados não significa apenas solicitar apoio da Polícia Militar e contratar segurança especializada. O cuidado deve iniciar antes do evento, com vistoria cuidadosa e prévia de toda a área do clube envolvida no evento, para eliminação de todo e qualquer tipo de material que possa ser utilizado como instrumento em eventual confusão; na portaria, devem ser adotados, além da revista pessoal, detectores de metal; deve-se providenciar segurança em toda a extensão do clube, seja através de monitoramento eletrônico, seja por meio de pessoal, para que não haja invasão, burlando a portaria.

Não se sabe como a arma de fogo que vitimou o apelado adentrou nas dependências do clube, podendo ter sido, antes do evento, perdida ou abandonada no local por outro frequentador, conforme narrado pelo autor do disparo, que afirmou tê-la encontrado jogada no chão, ou ter adentrado no evento pela portaria, trazida pelo autor do disparo ou por outra pessoa não identificada.

Em quaisquer dos casos, houve falha na prestação do serviço, não tendo sido concedida a segurança necessária aos frequentadores, seja em razão da ausência de prévia vistoria no local a cargo do clube apelante, para afastar a existência de eventuais instrumentos a serem utilizados em caso de confusão, seja durante o evento, com falha na portaria ou outras, cujo procedimento, se adotado, não serviu para impedir a entrada da arma de fogo.

O clube apelante aduz em sua contestação que só contrata segurança para fiscalização de piscinas, banheiros e salão de festa, sendo que a portaria é revistada pela Polícia Militar (f. 50).

Todavia, não apresentou nenhuma prova no sentido de que naquele dia estava sendo realizada vistoria e qual medida estava sendo tomada para evitar que uma arma de fogo adentrasse no recinto com um frequentador, ônus que lhe competia.

Aliás, não se mostra crível a alegação de que a Polícia Militar participava da vistoria na porta do evento, já que, se assim fosse, a primeira providência a ser tomada seria comunicá-la ali mesmo a respeito do fato, e não efetuar ligação para o Centro de Operações da

Polícia Militar, o que acabou ocorrendo, conforme se depreende do BO de f. 67/70.

O fato de o apelado não ter comprovado que comprou o convite e o quanto gastou para isso, *data venia*, não afasta a responsabilidade do apelante, já que, se aquele estava dentro das dependências deste, deduz-se que ou ele passou pela portaria ou adentrou por outro local, sendo que, se verdadeira esta última opção, isto só demonstra o total descontrole do clube apelante na organização do evento.

Quando se propõe a prestar um serviço dessa natureza, deve o interessado se cercar de todos os cuidados necessários para dar tranquilidade e segurança a seus frequentadores, já que possíveis confusões são passíveis de ocorrer; o risco da atividade é maior, o que, também, gera um lucro maior, de modo que o cuidado deve ser redobrado.

Por fim, o fato de o apelado ter entendido que o disparo foi acidental, demonstrando desinteresse em uma possível condenação do autor do disparo, não impede que lhe seja concedida indenização de natureza cível, já que, nos termos do art. 935 do CC/2002, a responsabilidade civil é independente da criminal.

Assim, frise-se, somente há possibilidade de o fornecedor se eximir da responsabilidade se comprovar que inexiste defeito no serviço prestado ou que a culpa foi exclusiva do consumidor ou de terceiro.

No presente caso, todavia, houve clara falha na prestação do serviço, sendo que não se pode atribuir culpa ao apelado e muito menos transferir a responsabilidade para terceiro, já que a arma de fogo adentrou o estabelecimento por falha na segurança do evento, questão anterior ao disparo ocorrido.

A prova testemunhal citada pelo apelante apenas serve para confirmar que houve o evento, que ocorreu o disparo de arma de fogo, tendo por vítima o apelado e, por autor, um terceiro.

Embora o disparo tenha sido perpetrado por terceiro, este fato não afasta a responsabilidade do clube, já que, repita-se, a falha foi exclusiva deste em relação à entrada de arma de fogo em suas dependências, em razão da falha no procedimento de segurança utilizado naquela oportunidade.

Portanto, diante dessas considerações, tenho que agiu com acerto o MM. Juiz *a quo*, ao condenar o apelante ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, de modo que não há razão para reformar a sentença quanto a isso.

Superadas essas questões, resta examinar se os valores fixados a título de danos materiais e morais devem ser mantidos.

No tocante aos danos materiais, verifica-se que o apelado comprovou que, em razão do evento que o vitimou, teve que comprar remédios, tendo desembolsado a quantia de R$ 73,83 (setenta e três reais e oitenta e três centavos).

Desse modo, tenho que agiu com acerto o MM. Juiz *a quo*, ao condenar o apelante ao pagamento da quantia acima destacada, de modo que inexiste motivo para alterar a sentença neste ponto.

No tocante aos danos morais, cediço que o problema da quantificação do valor econômico a ser reposto ao ofendido tem motivado intermináveis polêmicas e debates, até agora não havendo pacificação a respeito.

Tratando da questão da fixação do valor, leciona Caio Mário da Silva Pereira que dois são os aspectos a serem observados:

> a) De um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia [...] ;
> b) De outro lado proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é *pretium doloris*, porém uma ensancha de reparação da afronta [...] (*Instituções de direito civil*. 16. ed. Ed. Forense, 1998, v. II, p. 242.)

De qualquer forma, doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de que a fixação deve se dar com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório.

O valor da indenização pelos danos morais deve ser capaz de reparar a dor sofrida pelo ofendido, de compensá-lo pelo sofrimento suportado em razão da conduta inadequada do agressor. Como dispunha o art. 948 do Código Civil de 1916, cuja essência ainda se aplica atualmente, nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado, ou seja, o valor adequado da indenização será aquele capaz de reduzir, na medida do possível, o impacto suportado pelo ofendido em razão da conduta gravosa de outrem, objetivo este que não será alcançado se a indenização for fixada em valores módicos.

Clayton Reis, ao lecionar acerca do efeito compensatório da indenização por danos morais, disserta:

> [...] Dessa forma, o efeito compensatório não possui função de reparação no sentido lato da palavra, mas apenas e tão somente de conferir à vítima um estado d'alma que lhe outorgue a sensação de um retorno do seu *animus* ferido à situação anterior, à semelhança do que ocorre no caso de ressarcimento dos danos patrimoniais. É patente que a sensação aflitiva vivenciada pela vítima, decorrente das lesões sofridas, não se recompõe mediante o pagamento de uma determinada indenização, mas apenas sofre um efeito de mera compensação ou satisfação.
> O efeito 'analgésico' desse pagamento poderá amenizar ou até mesmo aplacar a dor sentida pela vítima, caso seja adequada e compatível com a extensão da sua dor.
> Assim, não sendo possível eliminar as causas da dor, senão anestesiar ou aplacar os efeitos dela decorrentes, o *quantum* compensatório desempenha uma valiosa função de defesa da integridade psíquica das pessoas. [...] (*Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 186.)

Américo Luís Martins da Silva, citando Maria Helena Diniz, afirma que, para a autora, a função compensatória da indenização por danos morais constitui

> uma satisfação que atenue a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo, assim, em parte, seu sofrimento. [...] (*O dano moral e a sua reparação civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 63.).

A decisão abaixo retrata a natureza compensatória da indenização por danos morais:

> Danos morais. Valoração. Circunstâncias especiais. Gravidade evidenciada. Culpa grave. Consequências danosas. Valor. [...] A vítima da falsificação, que tem cheques indevidamente extraídos em seu nome devolvidos, sofrendo protestos e inclusões indevidas em bancos de dados, causando não só restrição ao seu crédito, mas também ao seu serviço, reduzindo sua credibilidade no meio comercial e sua renda, deve receber indenização por danos morais em valor que compense o seu sofrimento e constrangimentos sofridos, recompondo, pelo menos parcialmente, o seu amor próprio, como sentimento de dignidade pessoal e das exigências morais e sociais que a pessoa humana se impõe. (TJMG. Apelação nº 2.0000.00.318305-1/000. Rel.ª Vanessa Verdolim. 28.10.03.)

Assim, o *quantum* indenizatório não pode ser irrisório, tendo em vista a necessidade de se compensar a vítima pela conduta injusta, ilícita, do ofensor. De fato, em se tratando de danos morais, nunca se chegará a um valor que equivalha de forma certa ao sofrimento suportado pela vítima; todavia, deve-se arbitrar quantia que, no máximo possível, possa de alguma forma atenuar a dor, compensando todo o desgaste advindo do fato ilícito.

In casu, levando-se em consideração a situação apurada, que foi muito grave, já que foi colocada em risco a própria vida do apelado, que foi vítima de disparo de arma de fogo por falha na segurança do evento, que deixou este instrumento adentrar em seu recinto, tenho que o valor fixado na sentença não pode ser reduzido.

Mostra-se, a meu sentir, até módica a quantia de R$ 7.000,00 (sete mil reais); todavia, como não houve recurso voluntário do apelado, mas insurgência em contrarrazões, o que não se admite, tenho que o valor da condenação a este título deve ser mantido conforme fixado.

Dessa forma, também em relação ao valor fixado a título de danos morais, tenho que deve ser negado provimento ao apelo.

Por fim, no que tange ao pedido de condenação da apelante por litigância de má-fé, tenho que razão não assiste ao apelado.

A orientação doutrinária e jurisprudencial a respeito da matéria é no sentido de que as infrações previstas no art. 17 do CPC devam ser analisadas com rigor objetivo.

Assim:

> [...] a idéia comum de conduta de má-fé supõe um elemento subjetivo, a intenção malévola. Essa idéia é, em princípio, adotada pelo direito processual, de modo que só se pune a conduta lesiva quando inspirada na intenção de prejudicar [...]
> [...] a má-fé pressupõe dolo, interesse de fraudar em juízo (*RTFR* 160/101).
> [...] à expressão litigante de má-fé interessa o dolo instrumental, estimulador de conduta, cujo resultado é o ilícito processual (trecho extraído do voto proferido pelo Relator, então Des. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Agravo nº 19.125, *Adcoas* 1987, nº 11.691).

In casu, não vislumbrei na conduta do apelante litigância de má-fé, não podendo ser admitido que a utilização pela parte dos meios disponíveis para recorrer seja entendido como violação a algum dos incisos do art. 17 do CPC.

Repita-se: deve ser observado, de forma objetiva, no processo em exame, se a parte violou algum dos incisos do art. 17 do CPC, sendo que em caso negativo não pode haver condenação.

Portanto, tenho que não há razão para condenar o apelante por litigância de má-fé.

Assim, diante dessas considerações, tenho que ao recurso de apelação deve ser negado provimento, em todas as pretensões deduzidas.

3 - Dispositivo.

Com essas considerações, de ofício, conheço parcialmente das contrarrazões e nego provimento ao apelo, mantendo, assim, a sentença conforme proferida.

Custas recursais, pelo apelante.

Indefiro o pedido de condenação do apelante por litigância de má-fé.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUCIANO PINTO e MÁRCIA DE PAOLI BALBINO.

Súmula - DE OFÍCIO, CONHECERAM PARCIALMENTE DAS CONTRARRAZÕES. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E INDEFERIRAM O PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO APELANTE POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

...

Execução fiscal - Empresa - Não localização - Dissolução irregular - Ato ilegal - Sócio administrador - Não inclusão na CDA como coobrigado - Redirecionamento da execução - Possibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Execução fiscal. Dissolução irregular da empresa. Redirecionamento da execução. Sócio-administrador. Possibilidade. Precedentes do STJ.

- Para o redirecionamento da execução fiscal contra sócio-administrador que não conste da CDA como coobrigado, o colendo Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a Fazenda Pública deve comprovar a prática de atos contrários à lei, contrato social ou estatuto da empresa. Já no caso de dissolução irregular da empresa, atestado pelo oficial de justiça que não localiza a empresa no endereço constante dos cadastros públicos, ocorre a presunção de existência do ato ilegal praticado pelo sócio-administrador, já que a extinção irregular é um ato pessoal do gestor que gera prejuízos à empresa, ao Fisco e aos demais credores.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.09.-322206-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Agravada: Construtora Algon Ltda. - 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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de março de 2011. - *Edilson Fernandes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de recurso interposto contra a r. decisão de f. 30-TJ, proferida nos autos da ação de execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte contra Construtora Algon Ltda., que indeferiu o pedido de inclusão no pólo passivo do sócio-administrador da empresa executada.

Em suas razões, a agravante sustenta que haveria indícios de que a empresa executada teria encerrado irregularmente as suas atividades, o que caracterizaria o disposto no art. 135 do CTN. Alega que o redirecionamento da execução fiscal em desfavor do sócio-administrador seria pacífico na jurisprudência do STJ. Pediu pela antecipação da tutela recursal para incluir o sócio no polo passivo da demanda.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Como brevemente relatado, cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu a inclusão do sócio-administrador no polo passivo da execução fiscal, em razão de não ter sido encontrada a empresa devedora.

O Fisco sustenta que haveria indícios de dissolução irregular da empresa, tal como o CNPJ baixado no sistema da Receita Federal, além de a empresa não ter sido encontrada no endereço declarado no cadastro municipal, o que justificaria o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio que exercia a administração da empresa, por prática de infração à lei.

Na hipótese de o sócio-administrador já constar no título executivo extrajudicial como coobrigado, basta o requerimento da Fazenda Pública para que a pretensão possa ser exercida também contra ele, visto que a CDA detém presunção de certeza, cabendo ao executado comprovar a inocorrência de ato ilegal na gestão da empresa.

Para o redirecionamento da execução fiscal contra sócio-administrador que não conste da CDA como coobrigado, o colendo Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a Fazenda Pública deve comprovar a prática de atos contrários à lei, contrato social ou estatuto da empresa.

Já no caso de dissolução irregular da empresa, atestado pelo oficial de justiça que não localiza a empresa no endereço constante dos cadastros públicos, ocorre a presunção de existência do ato ilegal praticado pelo sócio-administrador, já que a extinção irregular é um ato pessoal do gestor que gera prejuízos à empresa, ao Fisco e aos demais credores.

Nesse sentido:

> Processual civil. Recurso especial. Art. 105, III, *a*, da CF/1988. Tributário. Embargos à execução fiscal. Responsabilidade tributária do sócio. Jurisprudência consolidada pela primeira seção do STJ. CDA. Presunção relativa de certeza e liquidez. Nome do executado na certidão de dívida ativa - CDA. Co-responsável. Redirecionamento. Inversão do ônus da prova. Responsabilidade. Matéria apreciada sob o rito do art. 543-c, do CPC. (REsp 1.104.900/es, *DJe* 01.04.2009, Resolução STJ 8/2008.)
> 1. A responsabilidade patrimonial secundária do sócio, na jurisprudência do egrégio STJ, funda-se na regra de que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.
> 2. No julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 702.232/RS, da relatoria do em. Ministro Castro Meira, publicado no *DJ* de 26.9.2005, a Primeira Seção desta Corte Superior assentou que: a) se a execução fiscal foi ajuizada somente contra a pessoa jurídica e, após o ajuizamento, foi requerido o seu redirecionamento contra o sócio-gerente, incumbe ao Fisco a prova da ocorrência de alguns dos requisitos do art. 135 do CTN; b) quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa; c) constando o nome do sócio-gerente como

> corresponsável tributário na Certidão de Dívida Ativa - CDA, cabe a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN, independentemente se a ação executiva foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio ou somente contra a empresa, tendo em vista que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei nº 6.830/80 (REsp 1182462/AM, Rel.ª Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.8.2010, *DJe* 14.12.2010).

No caso dos autos, a certidão de f. 16-verso consignou que a empresa não foi encontrada em seu domicílio fiscal, sendo que no local não souberam prestar informações sobre a existência ou localização atual da empresa. Tal fato, segundo a jurisprudência, já constitui evidência suficiente para o redirecionamento da execução fiscal em relação ao sócio que não consta como coobrigado na CDA.

Ademais, as diligências realizadas pela agravante, na tentativa de localizar a empresa, demonstram que ela foi declarada inapta pela Receita Federal, de modo que teve sua inscrição no CNPJ baixada, nos termos do art. 54 da Lei nº 11.941/09:

> Art. 54. Terão sua inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ baixada, nos termos e condições definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, as pessoas jurídicas que tenham sido declaradas inaptas até a data de publicação desta Lei.

Por sua vez, estabelece a Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.941/09:

> Art. 81. Poderá ser declarada inapta, nos termos e condições definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, a inscrição no CNPJ da pessoa jurídica que, estando obrigada, deixar de apresentar declarações e demonstrativos em 2 (dois) exercícios consecutivos.
> [...]
> § 5º. Poderá ser declarada inapta a inscrição no CNPJ da pessoa jurídica que não for localizada no endereço informado ao CNPJ, nos termos e condições definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Registro que os atos constitutivos da sociedade empresarial não foram juntados aos autos, mas consta que o sócio-administrador foi identificado pelo CPF 455.211.586-34 (f. 18), cujo nome foi obtido na consulta de f. 28, com a devida vênia, justificando a inclusão de pessoa física indicada pelo agravante, conforme entendimento consolidado na Súmula nº 435, do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente (*DJe* 13.05.2010).

Diante dos dispositivos legais e do resultado das diligências realizadas pela agravante na tentativa de localizar a executada, considero presentes indícios da sua dissolução irregular, capaz de possibilitar a inclusão do sócio-administrador no polo passivo da execução fiscal.

Dou provimento ao recurso para, reformando a r. decisão, determinar a inclusão do sócio-gerente, Marco Antônio Rodrigues Gonçalves, no polo passivo da presente execução fiscal.

Custas ao final, na forma da lei.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Execução - Bem imóvel de difícil alienação - Bloqueio/penhora de valores - Possibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de execução. Penhora de bem imóvel de difícil alienação. Bloqueio/penhora de valores. Possibilidade.

- Verificando o magistrado que a penhora recaiu sobre bem imóvel de difícil alienação, pode ele deferir o pedido do credor para localização de outros bens.

- Do ponto de vista da legalidade da penhora, nada se pode opor à determinação de penhora em dinheiro, pois ele é o primeiro bem descrito no rol do art. 655 do CPC e a penhora de ativos financeiros está expressamente regrada no art. 655-A do CPC. Além do que, a finalidade primordial da execução é a satisfação do crédito.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0338.09.093409-6/001 - Comarca de Itaúna - Agravante: Carbonífera Belluno Ltda. - Agravado: Omielam Industrial e Comercial Ltda. - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2011. - *Tiago Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIAGO PINTO - Do despacho (f. 101) que indeferiu o pedido para penhora via Bacen-Jud, agravou Carbonífera Belluno Ltda., nos autos da execução movida por ela a Omielam Industrial e Comercial Ltda.

Segundo a agravante, quando propôs a execução, solicitou que fosse feita a penhora de ativos financeiros via Bacen-Jud. Todavia, o Juízo *a quo* determinou a expedição de mandado de citação à devedora, e o oficial de justiça, com a 2ª via do mandado, procedeu à penhora de "sucatada" pertencente à executada. O que, segundo a agravante, desrespeita a prerrogativa de indicação de bens pelo credor e a ordem prevista no CPC. Sustentou que o credor pode indicar os bem a serem penhorados e, ainda, que poderá requerer a substituição da penhora, uma vez que não foi obedecida a ordem legal.

Dessa forma, foi requerida a tutela antecipada recursal e, ao final, o provimento do recurso, para que fosse determinada a busca de ativos financeiros de titularidade da empresa executada, lavrando-se o respectivo termo, em substituição à penhora existente nos autos.

Foi deferida a antecipação da tutela recursal às f. 107/108-TJ.

Informações prestadas pelo Juízo *a quo* às f. 114/115-TJ.

Apesar de devidamente intimada, a empresa agravada não apresentou contrarrazões, conforme certidão de f. 116-TJ.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Na ação de execução de origem, após proceder à citação da parte executada, o oficial de justiça penhorou bens móveis do patrimônio dela, às f. 90/91-TJ, onde os bens foram avaliados em R$ 106.000,00, enquanto o valor exequendo, no momento do ajuizamento da execução, era de R$ 102.761,64.

A princípio, os bens móveis penhorados seriam suficientes para a garantia do juízo, pelo valor da avaliação. Mas, os bens penhorados são "carcaças de embreagens" e, assim, são de difícil alienação, além da possibilidade de redução do valor com o passar do tempo.

Dessa forma, não há óbice para que o credor busque localizar outros bens passíveis de solver o débito, já que os bens penhorados são de difícil alienação e não garantem efetivamente o juízo.

Nesse contexto, é a medida mais correta, até deliberação futura, determinar o bloqueio de valores em conta bancária. Principalmente porque, do ponto de vista da legalidade da penhora, nada se pode opor à constrição pleiteada, pois o dinheiro é o primeiro bem arrolado no art. 655 do CPC, e a penhora de ativos financeiros está expressamente regrada no art. 655-A do CPC.

E não pode ser considerada esta a via mais gravosa simplesmente por ser bloqueio de valores presentes em contas bancárias da executada, já que ainda não se tem informação de que haja efetivamente montante para ser bloqueado, ou mesmo quais os valores existentes na conta da executada. Vale dizer, a finalidade primordial da execução é a satisfação do crédito. Nesse sentido:

> Processual civil. Agravo de instrumento. Ação de execução de título extrajudicial. Penhora *on line*. Ordem de preferência. Inteligência dos arts. 655 e 655-A do CPC. Execução menos onerosa para o devedor. Regra não absoluta. Impossibilidade de desbloqueio de recursos. Sacrifício das atividades da empresa. Ausência de prova. Recurso não provido. - Com o advento da Lei 11.382/2006, o credor pode requerer a penhora de dinheiro diretamente da conta do devedor através do sistema de bloqueio *on line* Bacen-Jud, respeitando o art. 655-A do CPC. - Cabe à pessoa física ou jurídica executada, em razão do princípio no qual a execução deva prosseguir de forma menos onerosa ao devedor, provar que os bloqueios de valores em conta pelo sistema Bacen-Jud podem prejudicar a subsistência da primeira e as atividades da segunda. - Recurso conhecido e não provido (TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0480.05.075968-1/001(1), Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino, *DJ* de 10.01.2008.)

Dessa forma, em decorrência da ordem de preferência elencada pelo art. 655, pelas características dos bens penhorados, de difícil alienação, e, ainda, pelo fato de que não há demonstração efetiva de que a penhora através do sistema Bacen-Jud seja mais gravosa à executada, deve ser deferida a medida pretendida.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, para determinar o bloqueio do valor exequendo em contas bancárias da executada, mantendo a determinação da antecipação da tutela recursal concedida.

Custas, *ex lege*.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - Acompanho o eminente Relator.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Peço vista.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Estou acompanhando os votos que me antecederam.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Reintegração de posse - Área de preservação ambiental de domínio público - Posse nova e injusta - Comprovação - Esbulho - Caracterização - Usucapião - Impossibilidade - Deferimento

Ementa: Apelação cível. Ação de reintegração de posse. Invasão de área de preservação ambiental. Posse nova e injusta comprovada. Esbulho existente. Pretensão acolhida. Recurso não provido.

- Para ser outorgada a proteção *recuperandae possessionis*, mister se faz que o demandante prove sua posse anterior, o esbulho praticado pelo demandado e vício da violência, clandestinidade ou precariedade da nova posse.

- Presentes os requisitos mencionados, revela-se correta a proteção possessória concedida.

Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu a pretensão inicial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.03.102704-4/002 - Comarca de Sete Lagoas - Apelantes: Geraldo Rubens Pereira e outro - Apelado: Município de Sete Lagoas - 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, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de março de 2011. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CAETANO LEVI LOPES - Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

O apelado aforou esta ação de reintegração de posse contra os apelantes Geraldo Rubens Pereira, Divaldo Gonçalves de Oliveira, Gerson Rosa, Francisco José do Nascimento, Ricardo Barbosa Santana e Isabel Cristina Barbosa Santana. Afirmou ser titular de área de preservação ambiental de domínio público em loteamento situado no Bairro Nossa Senhora das Graças, em Sete Lagoas. Acrescentou que os recorrentes esbulharam a referida área e construíram muros e cercas, às margens de um córrego que passa no local, inclusive com desvio do curso de água. Asseverou que a moléstia à posse é nova e os recorrentes agiram de má-fé. Estes invocaram usucapião especial constitucional de área urbana, negaram o esbulho e afirmaram ser posse velha. Pela r. sentença de f. 170/173, a pretensão foi acolhida.

Cumpre examinar se os requisitos para a concessão da proteção possessória estão presentes.

Passo ao exame da prova.

Anoto, *en passant*, que o documento de f. 188, juntado com as contrarrazões de apelação, não é novo, razão pela qual deixará de ser analisado.

Feito o reparo, constato que o apelado juntou documentos. Destaco a cópia do boletim de ocorrência, que informa o desvio do curso de água em imóvel de propriedade do recorrido (f. 10/11), os autos de infração contendo intimação dos apelantes para a remoção de muro que invade área verde (f. 13/18), os autos de intimação, que determinam a retirada de cerca do mesmo local (f. 22/25), o memorando, que relata o esbulho em área de proteção às margens de coleções hídricas (f. 20/21) e o croqui respectivo (f. 26).

Houve produção de prova oral. As testemunhas afirmaram que houve desvio da água do córrego pelos moradores do local e, também, edificação recente de muro e cercas, em terreno do Município, que é área verde do patrimônio ambiental (f. 41/44).

Foi produzida prova pericial com laudo acostado às f. 147/153. Esses os fatos.

Quanto ao direito, sabe-se que a ação possessória visa à tutela da posse molestada ou ameaçada. E, em caso de esbulho, ou seja, a perda integral da posse, a tutela é a *recuperandae,* consoante ensina Caio Mário da Silva Pereira nas *Instituições de direito civil*, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 4, p. 68:

> Aquele que é desapossado da coisa tem, para reavê-la e restaurar a posse perdida, a ação de reintegração de posse, que corresponde aos interditos *recuperandae possessionis*.

Mas, para ser outorgada a proteção *recuperandae*, mister se faz que o demandante prove sua posse anterior, a posse atual do demandado e a perda de forma injusta. Ainda é o mesmo jurista, na obra mencionada, p. 69, quem prossegue informando acerca dos requisitos:

> São requisitos do interdito *recuperandae* a existência da posse e seu titular, e o esbulho cometido pelo réu, privando aquele, arbitrariamente, da coisa ou do direito (violência, clandestinidade ou precariedade). Exclui-se da caracterização do esbulho a privação da coisa por justa causa.

E prossegue o jurista, na p. 123, informando que o interdito possessório está voltado à apuração da posse do autor sem qualquer interferência de questões dominiais ou relativas a outros direitos reais:

> E o que traça o caráter do interdito possessório é o objetivo voltado apenas para a questão possessória, ou seja, a apuração da posse do autor, da turbação ou esbulho atribuído ao réu, bem como da data em que se deu a moléstia à posse (CPC, art. 927), sem qualquer interferência de questões dominiais ou relativas a outros direitos reais.

Anoto ser fato incontroverso que a área questionada constitui área verde de preservação ambiental reservada ao Município de Sete Lagoas, coincidente com o detalhamento do croqui de f. 26, conforme descrição feita na perícia de f. 148/149 e confirmada pelos documentos de f. 13/25 e depoimentos testemunhais de f. 41/44.

Logo, diante desse fato, é desnecessária a comprovação da posse do recorrido, visto que se trata de área de preservação ambiental, vale dizer, de interesse comum de todos os habitantes do País, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei nº 4.771, de 1965 - Código Florestal. Logo, é equiparada a bem público porque é área reservada ao ente municipal, não sujeita a usucapião (art. 183, § 3º, da Constituição da República e Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal) e fora do comércio.

A posse irregular dos recorrentes no local foi comprovada.

O esbulho também restou caracterizado, na medida em que houve posse injusta em local de preservação ambiental. Acrescento que os documentos de f. 10/11, 13/18 e 24/25 noticiam que a posse é nova, já que o esbulho data de menos de ano e dia, vale dizer, de agosto de 2002, e a presente ação foi distribuída em 13.01.2003 (f. 26 verso).

Logo, presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela possessória, a pretensão deveria mesmo ter sido acolhida, o que torna impertinente o inconformismo dos apelantes.

Com esses fundamentos, nego provimento à apelação.

Custas, pelos apelantes, observado o disposto na Lei nº 1.060, de 1950.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HILDA TEIXEIRA DA COSTA e AFRÂNIO VILELA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação ordinária por vício redibitório - Decadência - Não ocorrência - Compra e venda de veículo - Automóvel já com muitos anos de uso - Desgastes naturais - Não caracterização de defeito oculto - Desfazimento do negócio e devolução do valor pago - Inadmissibilidade - Negligência do comprador demonstrada

Ementa: Ação ordinária. Compra e venda de veículo usado. Vício redibitório. Decadência Inocorrência. Defeito oculto. Ausência de prova. Negligência do comprador.

- Tratando-se de vício de bem móvel, que só se tornou conhecido após a entrega da coisa, o prazo decadencial é de 180 dias, contados da data em que o adquirente tem ciência do vício (art. 445, § 1º, do Código Civil).

- Os danos decorrentes do desgaste de peças de veículo com mais de 13 (treze) anos de uso, por si só não implicam necessariamente defeito oculto preexistente à venda, sobretudo quando, na hipótese *sub judice*, o comprador/autor trafegou com o automóvel por mais de incontroversos 2.500 km (dois mil e quinhentos quilômetros).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.104256-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Cláudio Márcio Barros Pereira e outro - Apelado: Mário Resende Ferreira Filho - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de março de 2011. - *Osmando Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OSMANDO ALMEIDA - Trata-se de matéria versada na apelação interposta por Cláudio Márcio Barros Ferreira e Gisele Saraiva Sette e Câmara, visando à reforma da r. sentença de f. 92/96, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível desta Capital, nos autos da ação órdinária movida contra os ora apelantes por Mário Resende Ferreira Filho.

A apelação vem consubstanciada nas razões de f. 101/113, onde os recorrentes afirmam equívoco do d. Sentenciante na análise da questão. Após fazer um breve relato dos fatos ocorridos e presentes nos autos, reeditam a prejudicial de decadência a teor do disposto no art. 445 do Código Civil. Quanto ao mérito, dizem desacertado o entendimento esposado pelo d. Juiz primevo, porquanto de vício redibitório não se trata. Afirmam haver negociado com o apelado a venda do veículo que, na época, já contava com mais de 13 anos de uso, possibilitado o seu exame pelo então comprador, "tendo dirigido-o por mais de uma hora, tendo efetuado percursos com o carro por quase três mil quilômetros após a sua aquisição, o que também pode ter originado os alegados desgastes" - f. 103. Asseveram não haver motivo plausível para o desfazimento do negócio, ausente qualquer vício de consentimento ou de forma do pacto celebrado. Invocam o disposto no art. 1.005 do Código Civil, afirmando o *pacta sunt servanda*. Sustentam e reafirmam a inexistência do vício redibitório alegado, ausente qualquer prova das alegações

autorais, ressaltando, ainda uma vez, haverem vendido o automóvel no estado em que se encontrava, imprestáveis como instrumento probatório os documentos colacionados com a inicial, ausentes os pressupostos do dever de indenizar. Colacionam variada doutrina e jurisprudência que entendem sustentar a sua tese. Alternativamente, buscam a minoração dos honorários advocatícios fixados, afirmando exorbitante o percentual de 20% sobre o montante da condenação.

Intimado para resposta, o apelado veio às f. 120/129 em evidente contrariedade.

Presentes os pressupostos para sua admissibilidade, conheço do recurso, regularmente preparado à f. 114.

Conforme relatado, cuida-se de ação ordinária redibitória, onde o autor pretende o reconhecimento do seu direito de desfazimento do contrato verbal de compra e venda de veículo, fundado na alegação de que o mesmo apresentou vício oculto, não constatado no momento da sua aquisição.

Passo à analise da prejudicial de mérito reeditada na peça recursal.

Prejudicial de mérito - decadência.

Noticiam os autos que, no dia 28.12.2007, avençaram as partes a compra e venda de um veículo automotor (Alfa Romeo), figurando o autor/apelado como comprador, e os réus, ora apelantes, como vendedores.

Versa a controvérsia a respeito da existência de vícios redibitórios detectados no referido veículo, alegados na inicial, defeitos ocultos que tornaram o bem adquirido impróprio para o uso a que é destinado, ressaltando que somente tomou conhecimento dos defeitos ocultos *a posteriori*, evidente que o prazo decadencial, em tal caso, será de 180 dias contados do momento em que o adquirente deles teve conhecimento.

Acrescente-se que a existência de gravame não aparente na coisa objeto do litígio, tornando-a imprópria para o fim a que se destina, possibilita ao adquirente enjeitá-la ou pedir o abatimento do preço, na hipótese de optar pela mantença do bem, como previsto nos arts. 441 e 442 do Código Civil. De igual modo, assiste ao adquirente o direito de pleitear perdas e danos, caso evidenciado prévio conhecimento pelo alienante do vício ou defeito da coisa (art. 443 do CC).

Estando a relação negocial pactuada entre as partes regulada pela lei civil, a norma jurídica aplicável está contida no art. 445, § 1º, do Código Civil, que assim dispõe:

> Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.
> § 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

In casu, assinala o autor/recorrido a existência do defeito e o conserto efetuado no motor do citado veículo, através dos documentos juntados aos autos, sustentando haver tomado conhecimento dos vícios ocultos após a aquisição, conforme parecer técnico datado de 5.5.2008 - f. 12. A presente ação foi distribuída em 30.5.2008, revelando-se, pois, como insubsistente a alegação de decadência.

Mesmo a título de argumentação, se se considerasse a data em que o veículo foi apresentado na oficina para reparo - 28.2.2008 - f. 12 - ainda assim não haveria transcorrido o prazo de 180 dias legalmente previsto.

Rejeito a prejudicial de decadência.

Mérito.

Buscam os apelantes a reforma da r. sentença que os condenou à devolução do valor pago pelo apelado na aquisição do veículo, bem como da quantia gasta com os reparos efetivados. Alegam ser indevida a condenação, porquanto ausentes os pressupostos do dever reparatório, mesmo porque o veículo adquirido pelo recorrido já contava com mais de 13 anos de uso, além do que o adquirente teve oportunidade de examiná-lo, testá-lo, levá-lo a mecânico de sua confiança para uma vistoria mais aprofundada. Se não o fez, assumiu o risco, não havendo como sustentar a existência de vício oculto a embasar o pleito inicial.

No ponto, frise-se, conquanto tenha o autor/apelado embasado sua pretensão em vício oculto, de modo a ensejar a responsabilidade dos recorridos/vendedores, não logrou, contudo, comprovar que, ao tempo da celebração do negócio, os defeitos não fossem constatáveis desde logo, aptos a justificar a súplica reparatória.

Oportuno salientar que o automóvel em questão contava à época do acontecido com mais de treze anos de fabricação, motivo pelo qual não se podia esperar apresentasse condições idênticas às de um veículo novo, mesmo porque quem efetua negócio em tais condições está induvidosamente ciente dos riscos que possam advir, por não se poderem ignorar os naturais desgastes decorrentes da ação do tempo.

Por vezes, afigura-se aconselhável, ainda, quando o motor e outros componentes denotem desgaste, desembolsar para o interessado o numerário necessário à recomposição do veículo, objetivando recolocá-lo em boas condições de uso, de modo a viabilizar sua utilização por longo período de tempo com a segurança desejada. O que não se justifica é que, a pretexto de pretensa existência de defeitos ocultos, se valha o adquirente da via eleita com o fito de compelir o alie-

nante ao desfazimento do negócio com a devolução do valor da venda e, ainda, a custear as reformas e consertos efetivados - à sua revelia, diga-se de passagem.

Certamente, salvo situações excepcionais, não ocorrentes na hipótese, não responde o vendedor por alegados vícios ou defeitos ocultos, os quais, como se verifica, mais se caracterizam como estragos inerentes ao uso do citado veículo por dilatado espaço de tempo. Sabidamente, a aquisição de automóvel usado pode acarretar risco pela possibilidade de surgimento de algum defeito, especialmente em situações como a dos autos, em que o autor/apelado comprou o automóvel objeto da lide com mais de 13 anos de uso. Assim, deveria precaver-se, solicitando o exame prévio do bem por pessoa especializada.

Ademais, acrescente-se, por importante, haver sido a negociação feita verbalmente, ausente dos autos qualquer prova de que o vendedor tenha ofertado qualquer garantia sobre eventuais defeitos posteriormente verificados, sendo certo haver o autor adquirido o veículo já com alta quilometragem de utilização, restando incontroverso nos autos que percorreu mais de 2.500 (dois mil e quinhentos quilômetros), utilizando-o por mais de 2 meses, até que deparou com os problemas no motor e tanque de gasolina.

Outrossim, é de sabença geral que uma máquina complexa que envolve sistemas mecânicos e elétricos diversos e específicos pode apresentar, em decorrência de sua utilização, falhas ou defeitos que impliquem temporário ou definitivo desuso.

Daí,

> O desgaste de peças do maquinismo do veículo, decorrente do seu uso normal, não se constitui em vício ou defeito oculto suficiente para torná-lo impróprio ao uso, de vez que tais peças podem ser substituídas ou consertadas. Inexistente a prova de que a compra foi efetivada mediante a garantia de funcionamento do veículo, descabe a pretensão de obter o abatimento do preço pago. (RT, 519/257).

Incogitável, portanto, admitir-se na hipótese versada configurado vício redibitório, a exemplo de situações citadas por Maria Helena Diniz, entre elas a de que "a falha alegada pelo comprador de um caminhão poderia ser facilmente verificada por meio de um exame perfunctório". (*Curso de direito civil brasileiro*, v. III, Saraiva, p. 96.)

Neste norte, a jurisprudência deste Tribunal:

> Apelação Cível. Ação monitória. Compra e venda de veículo usado. Negócio entre particulares. Vício redibitório. Defeito no motor do veículo. Negócio no estado em que se encontra. Ausência de má-fé do vendedor. - Quem adquire veículo usado deve ter a cautela de examiná-lo por meio de uma oficina autorizada ou mecânico de sua confiança, antes de efetuar a compra, para ter ciência dos riscos que a aquisição do bem pode oferecer. Apelação não provida. (Ap. 1.0024.06.255235-1/001, Rel. Des. Pereira da Silva, j. em 22.7.2008.)

Ainda:

> Ação de indenização. Veículo usado. Vício redibitório. Possibilidade de vistoria pelo adquirente antes da aquisição. Inexistência de defeito oculto. - Se o adquirente, antes de efetivada a compra e venda, teve em seu poder o bem, com o fim de submetê-lo a perícia, não pode alegar ignorância de defeito que poderia ser detectável por exame acurado. Ademais, é cediço que quem negocia com bens usados vende-os no estado em que se encontram. Cabia ao adquirente testar o veículo, quando ainda na esfera de vigilância do vendedor, a fim de perceber os defeitos porventura nele existentes. (Ap. nº 1.0317.03.029059-5/001, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Afrânio Vilela, j. em 21.5.2005.)

E mais:

> Apelação cível. Ação ordinária. Compra e venda de veículo usado. Negócio entre particulares. Vício redibitório. Defeito no motor do veículo. Prévia vistoria. Boa-fé do vendedor. Indenização por danos materiais. - 'Age de boa-fé o vendedor de veículo usado que o coloca à disposição do comprador para vistoria mecânica'. - Quem adquire veículo usado deve ter a cautela de examiná-lo por meio de uma oficina autorizada ou mecânico de sua confiança antes de efetuar a compra, para ter ciência dos riscos que a aquisição do bem pode oferecer. [...] (Ap. nº 1.0024.04.536769-5/001, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. José Flávio de Almeida, j. em 31.10.2007.)

Na hipótese, não logrou o autor/recorrido comprovar tenha efetivado a vistoria no ato da aquisição do veículo, nem que lhe tenha sido dada qualquer garantia pelo vendedor ou sua má-fé na venda do veículo e nem mesmo a existência de defeito oculto.

Conseguintemente, não tendo se desincumbido do ônus da prova do fato constitutivo de seu direito, no caso vício oculto do produto, não há como se reconhecer o dever de reparação.

A respeito da matéria, invocável a lição de Vicente Greco Filho:

> O autor, na inicial, afirma certos fatos porque deles pretende determinada consequência de direito; esses são os fatos constitutivos que lhe incumbe provar sob pena de perder a demanda. A dúvida ou insuficiência de prova quanto a fato constitutivo milita contra o autor. O juiz julgará o pedido improcedente se o autor não provar suficientemente o fato constitutivo do seu direito. (*Direito processual civil brasileiro*.11. ed., Saraiva, 1996, v. 2, p. 204.)

Fato relevante e significativo ao deslinde da controvérsia concerne à circunstância de não ter o apelado declarado desconhecer o estado geral do veículo, não impugnada a alegação contida e reafirmada na peça de defesa de que

> à época lhe foi dada a oportunidade de fazer uma vistoria mais aprofundada por um profissional específico em mecânica e este recusou tal oferta dos requeridos, por se intitular, repita-se, como 'profundo conhecedor de mecânica de automoveis' (*v.g.*, f. 58, 64, 6 e 70).

Nesse contexto, ausentes elementos essenciais ao reconhecimento do alegado defeito oculto no automóvel, supostamente preexistente à compra e venda, indisputável a improcedência da pretensão ressarcitória.

Com essas considerações, rejeito a prejudicial de mérito e dou provimento à apelação para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Responderá o autor/apelado pelo pagamento das custas processuais e recursais, bem como honorários advocatícios que, na forma do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, fixo em R$800,00 (oitocentos reais), corrigidos na época do efetivo pagamento.

Resumo do dispositivo (art. 506, III, CPC):

- Rejeitaram a prejudicial de mérito.

- Deram provimento à apelação para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Responderá o autor/apelado pelo pagamento das custas processuais e recursais, bem como honorários advocatícios que, na forma do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, fixo em R$800,00 (oitocentos reais), corrigidos na época do efetivo pagamento.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TARCÍSIO MARTINS COSTA e GENEROSO FILHO.

Súmula - REJEITARAM PREJUDICIAL DE MÉRITO E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Licença a gestante - Prorrogação - Lei 11.770/2008 - Regulamentação - Necessidade - Ausência de lei específica - Poder Judiciário - Concessão - Ofensa à separação dos Poderes - Sentença reformada em reexame necessário

Ementa: Prorrogação de licença-maternidade. Lei nº 11.770/08. Servidor público municipal. Impossibilidade.

- A teor do art. 2º da Lei nº 11.770/08, fica a Administração Pública autorizada a instituir o programa que garanta a prorrogação da licença-maternidade. Todavia, inexistindo qualquer regulamentação administrativa que preveja tal benefício, é defeso ao Poder Judiciário concedê-lo, mormente porque a referida lei apenas autorizou sua instituição.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0024.10.113189-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Municipal da Comarca de Belo Horizonte - Autor: Jucimar Miranda do Carmo - Réu: Município de Belo Horizonte - 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, à unanimidade de votos, EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 3 de fevereiro de 2011. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Conheço do reexame necessário, presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de reexame necessário em face de sentença proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal, nos autos da ação ordinária proposta por Jucimar Miranda do Carmo contra o Município de Belo Horizonte, que julgou procedente o pedido, determinando a prorrogação da licença- maternidade por mais 60 dias, e, caso já tenha corrido prazo de 180 dias, o período deve ser convertido em indenização, condenando o Município no pagamento de honorários advocatícios de R$ 1.020,00.

Não houve interposição de recurso voluntário.

De início, insta salientar que a prorrogação da licença-maternidade, prevista no art. 2º da Lei nº 11.770/08, prescinde de regulamentação para ser exercida, tendo sido facultado ao Administrador apenas a disciplina administrativa para a concessão do referido benefício, sob pena de se negar o próprio direito e a intenção do legislador.

Neste sentido, este eg. Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar, vejamos:

> Agravo de instrumento. Antecipação de tutela. Prorrogação da licença-maternidade no Município de Belo Horizonte. Ausência de lei municipal instituindo o benefício. Ausência da verossimilhança das alegações. - A Lei Federal nº 11.770/08 limitou-se a instituir a prorrogação da licença-maternidade na esfera privada, para as empresas participantes do Programa Empresa Cidadã. - Para a implantação da prorrogação da licença-maternidade no âmbito do serviço público municipal, faz-se necessária a edição de lei específica do ente público, de iniciativa do prefeito municipal, nos termos do art. 61, § 1º, II, *c*, da CR/88. Ausente lei municipal a respeito, resta prejudicado o requisito da verossimilhança das alegações das autoras (art. 273 - CPC). - Recurso desprovido (0158449-73.2010.8.13.0000 - Relatora: Des.ª Heloísa Combat, *DJ*: de 17.06.2010).

> Agravo de instrumento. Tutela antecipada. Licença-maternidade. Servidora municipal. Lei nº 11.770/08. Prorrogação do benefício. Impossibilidade. - Se não há lei municipal disciplinando a prorrogação da licença-maternidade, não há como estendê-la a servidora pública municipal, sob pena de ofensa à separação dos Poderes, ao pacto federativo e ao

princípio da legalidade. V.v. (6650353-66.2009.8.13.0024, Relator: Des. Kildare Carvalho, *DJ* de 15.04.2010).

Agravo de instrumento. Lei federal nº 11.770/08. Prorrogação da licença-maternidade. Servidoras do município. Necessidade de lei específica. Tutela antecipada. Indeferimento. - A norma do art. 2º da Lei nº 11.770/08 apenas conferiu à Administração Pública a prerrogativa de estender a licença-maternidade às suas servidoras, não dispensando a necessidade de edição de lei específica no âmbito de cada ente federado. Recurso conhecido e não provido (6541685-98.2009.8.13.0024, Relatora: Des.ª Albergaria Costa, *DJ* de 28.01.2010).

Dessa forma, inexistindo nos autos qualquer documento demonstrando a regulamentação da referida legislação, não pode o Poder Judiciário fazê-lo, ou atribuir direito ao funcionário sem a devida autorização pelo ordenamento jurídico.

Diante do exposto, em reexame necessário, reformo a r. sentença de primeiro grau, para julgar improcedente o pedido, invertendo os ônus sucumbências, suspensa a exigibilidade em face da gratuidade processual.

Custas, *ex lege*.

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Sr. Presidente. Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIDO DE VISTA DA REVISORA. O RELATOR PROVIA O RECURSO.

Notas taquigráficas

O SR. PRESIDENTE (DES. ALMEIDA MELO) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 27.01.2011, a pedido da Revisora, após votar o Relator provendo o primeiro recurso.

Com a palavra a Des.ª Heloísa Combat.

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Sr. Presidente. Pedi vista dos autos para conferir essa questão da licença-maternidade do Município de Belo Horizonte.

Ocorre que a lei foi publicada em 19 de janeiro de 2011, e a criança, filha da autora, nasceu em março de 2010. Portanto, lamentavelmente, não há como atender sua pretensão, por falta de amparo legal. Dessa forma, acompanho o ilustre Relator e dou provimento ao recurso.

DES. ALMEIDA MELO - De acordo com o voto do Relator.

Súmula - NO REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM A SENTENÇA.

...

Via pública - Buraco - Acidente - Sinalização - Ausência - Município - Negligência - Dever de conservação - Omissão - Dano estético - Indenização - Obrigação - *Quantum* - Arbitramento - Moderação

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização. Dano decorrente de omissão do Poder Público. Responsabilidade. Buraco em via pública. Ausência de sinalização e manutenção do local. Danos morais. Dano estético. Cicatriz e deformidade. Dever de indenizar configurado.

- Em se tratando de danos decorrentes de omissão do Poder Público, necessária se faz a demonstração de que se quedou inerte quando estava obrigado a agir.

- Evidencia-se a negligência do ente municipal ao não cuidar da manutenção da via pública, bem como por não ter sinalizado e policiado devidamente o local diante da existência de buraco.

- Não existindo critério objetivo a dimensionar a fixação do dano moral, o juiz, ao seu prudente arbítrio, após balancear as condições dos envolvidos e as circunstâncias e consequências do evento danoso, fará a fixação do *quantum*, que não deverá ser nem inócuo nem absurdo.

- Constatado que, em decorrência do evento danoso e de intervenção cirúrgica sofrida, a autora apresenta alterações anatômicas no braço e limitação de movimento permanente, faz jus à indenização por danos estéticos, por lesão à integridade física da pessoa.

- Na indenização por danos morais e estéticos, a correção monetária deve incidir a partir da data da publicação da decisão que a fixou, uma vez que atualizada a quantia.

- Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.06.162775-1/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: Município de Uberaba - Apelante adesiva: Isa Jacqueline Ferreira - Apelados: Isa Jacqueline Ferreira, Município de Uberaba - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO ADESIVO.

Belo Horizonte, 31 de março de 2011. - *Heloísa Combat* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HELOÍSA COMBAT - Conheço dos recursos, presentes os seus pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Inicialmente, esclareço que a r. sentença não está sujeita ao reexame necessário, uma vez que a condenação imposta ao ente público foi inferior a 60 (sessenta) salários mínimos.

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Uberaba e apelação adesiva interposta por Isa Jacqueline Ferreira contra a r. sentença do MM. Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Alfenas que julgou procedente em parte os pedidos da segunda recorrente ação que move contra o ente público pretendendo indenização por danos morais e estéticos em razão de acidente sofrido devido à existência de buraco na pista sem sinalização.

O douto Julgador *a quo* entendeu configurados os elementos caracterizadores da responsabilidade do demandado e o condenou ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrados em R$10.000,00 (dez mil reais), corrigidos desde a data do sinistro e acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês, contados da citação. O pedido de indenização por danos materiais e estéticos foi julgado improcedente.

Condenou ainda o réu ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor total da condenação.

Nas razões de f. 335/356, o Município de Uberaba reitera os argumentos lançados na contestação, discorrendo sobre a responsabilidade do Estado, os elementos configuradores do dever de indenizar, a inexistência de culpa e de nexo causal.

Invocou ainda excludente de responsabilidade, culpa exclusiva da vítima e/ou culpa concorrente, pugnando, ao final, pela improcedência dos pedidos ou pela redução do *quantum* indenizatório.

Já a autora apresentou apelo adesivo requerendo a reforma parcial da r. sentença, para majorar o valor arbitrado a título de danos morais para R$20.000,00 (vinte mil reais), bem como requer a condenação do Município ao pagamento de danos estéticos no valor de R$15.000,00 (quinze mil reais).

Tenho que ambos os recursos devem ser analisados conjuntamente, prestigiando a celeridade e a economia processual, pois a matéria neles tratada se confunde.

A pretensão da autora reclama a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, preceituada pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal, bastando a demandante demonstrar a relação causal entre os danos suportados e a conduta da Administração.

Tratando-se, porém, de responsabilidade por omissão, incumbe ao autor comprovar que o Município, tendo o dever de agir, restou inerte, configurando-se a culpa por negligência.

A respeito da sinalização do local ou impedimento de passagem, seriam fatos impeditivos do direito do autor, razão pela qual sua prova incumbe ao requerido.

O grande publicista Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 11. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 669 a 673) relaciona três tipos de situação que podem ensejar a responsabilidade do Estado, a saber, casos em que a conduta comissiva do Estado gera o dano; casos em que não há atuação do Estado, mas, por sua omissão, evento alheio causa um dano que o Poder Público tinha o dever de evitar; casos em que, por atividade do Estado, se cria situação propiciatória do dano, porque expôs alguém a risco - em geral, quando da guarda de coisas ou pessoas perigosas.

Continua o tratadista dizendo que, no caso dos danos por omissão, é de aplicar-se a teoria subjetiva (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), pois, se o Estado não agiu, só deve ser responsabilizado caso esteja obrigado a impedir o dano, se descumpriu dever legal, é dizer, nos atos omissivos, só há responsabilidade quando decorrente de ato ilícito.

Ao exame da respeitável doutrina retro, a responsabilização por comportamento omissivo, ou falta do serviço, é matéria altamente complexa e alvo de posicionamentos díspares.

Também a jurisprudência dos nossos Tribunais se orienta de maneira não homogênea.

Fato é que, quase sempre, ocorre resultado mais ou menos semelhante nas decisões judiciais, quer se aplique a teoria subjetiva (baseada na culpa ou dolo), ou a objetiva, em que basta à vítima provar o dano e o nexo de causalidade, cabendo ao Estado demonstrar existência de excludentes ou minorantes.

O que é raro encontrar, seja na lição dos mestres, seja no repertório da jurisprudência, é a adoção da chamada teoria do risco total ou integral, que, de maneira resumida, significa que o Poder Público deve indenizar em qualquer situação, sem perquirir, inclusive, culpa exclusiva da vítima.

Com as luzes dos ensinamentos colacionados retro, passa-se a analisar se os elementos de prova constantes dos autos ensejam o dever de indenizar do Município de Uberaba.

Atribuiu-se a causa do acidente que vitimou a autora à negligência do Poder Público, que não providenciou o tapamento de buraco existente na Rua Paraíba, Bairro Santa Maria, nem sinalizou o local, com o objetivo de evitar acidentes como o ora narrado.

A demandante relata que no dia 09.05.2006 se dirigia ao trabalho em sua bicicleta, quando, por volta das 18h45min caiu em um buraco aberto naquela via, sendo lançada ao chão.

Em razão do ocorrido, sofreu fratura no braço esquerdo, na altura do cotovelo, mais precisamente nos ossos denominados "rádio" e "ulna", tendo sido submetida à cirurgia com implantação de pinos e placas de platina.

Aduziu que sofre de dores e ausência de movimentação do braço, mesmo após a realização de sessões de fisioterapia.

Pois bem.

Dos documentos carreados aos autos, percebe-se que o acidente realmente ocorreu, sendo certo que a autora permaneceu até mesmo impossibilitada de trabalhar, recebendo auxílio-doença pelo INSS até 31.08.2006 (f. 28).

As fotografias que instruíram a petição inicial confirmaram a existência de intervenção na via pública, provavelmente realizada após o acidente.

Já os depoimentos testemunhais colhidos demonstram que o "[...] buraco existia há certo tempo no local [...] - f. 99"; " [...] que no entanto foi tapado dias depois do acidente [...] - f. 99"; " [...] o buraco tinha cerca de 1 metro de diâmetro e cerca de 30 centímetros de profundidade - f. 99".

Outra testemunha chegou até mesmo a afirmar que ela próprio havia caído no mesmo buraco, por volta de quatro dias antes do acidente que vitimou a autora - f. 100.

Diante das provas produzidas, tenho que não merece reparos a r. sentença, uma vez que restou caracterizada a culpa do Município de Uberaba, na modalidade negligência, uma vez que tinha a obrigação de impedir o acidente e dispunha de meios para fazê-lo.

A conservação e sinalização das vias locais é responsabilidade do Município e se, devendo agir, deixou de fazê-lo, causando prejuízos a outrem, deve reparar os danos causados. O dever de reparar, nesse caso, decorre da falta do serviço.

Considero que as provas colhidas nos autos são suficientes para demonstrar a negligência do Município, que não providenciou que fosse tapado o buraco/valeta, nem comprovou ter sinalizado o local.

Não se trata de caso fortuito ou imprevisto, mas de evento que poderia ser plenamente evitado, com a simples e eficiente sinalização do local, caso não fosse possível o imediato tapamento do buraco.

Após análise de todo o ocorrido, tenho que a questão versada se enquadra como comportamento omissivo do ente público, a ponto de gerar responsabilidade ou obrigação de indenizar, no sentido puramente técnico da expressão.

Na hipótese, é incontestável que o demandado tinha o dever de agir para evitar o dano narrado, através da conservação da via pública e das necessárias providências imediatas.

Não tendo tomado as referidas providências, responde a Municipalidade pelos danos sofridos pela autora.

E a respeito da alegada culpa exclusiva ou concorrente da vítima, não logrou o Município comprovar nem sequer apresentou indícios de que a autora tenha faltado com o cuidado e a atenção exigida na condução de sua bicicleta, nem que tenha concorrido de qualquer maneira para o infortúnio.

Já no que concerne ao *quantum*, a indenização não só tenta compensar a dor psicológica, como também deve representar para quem paga uma reprovação, em face do desvalor da conduta.

A indenização deve ser arbitrada com moderação, norteando-se o julgador pelos critérios da gravidade e repercussão da ofensa, da posição social do ofendido e da situação econômica do ofensor.

Ademais, não se pode perder de vista que o ofensor deve ser penalizado, mas também não se admite que o pretendido ressarcimento seja fonte de lucro para o ofendido.

No caso concreto, após detida análise do laudo pericial, é possível concluir que a gravidade dos danos ocasionados à autora não permite a redução da quantia arbitrada na sentença.

A il. *expert* nomeada pelo Juízo concluiu de forma categórica que " [...] observamos que a paciente passou por período depressivo, relacionado à sua dificuldade física por ocasião de seu acidente [...]" (f. 289-TJ).

Já no tocante aos danos estéticos, tenho que merece provimento a irresignação aviada pela autora.

O dano por deformidade ou estético tem origem específica, estando relacionado com as lesões físicas e visíveis. Nesse sentido, tem-se admitido a cumulação de indenizações dessa ordem com a relativa ao dano moral puro.

Quanto à distinção entre dano estético e dano moral e à possibilidade de sua cumulação, algumas considerações merecem ser tecidas.

A distinção entre o dano moral puro e o dano estético é realmente sutil e de difícil apreensão, contudo, este último se reflete em cicatrizes, em deformidades, em marcas físicas, daí ser catalogado por alguns como dano físico, embora outros doutrinadores o insiram na espécie de dano moral.

Menciona Yussef Said Cahali, em seu *Dano moral, (2. ed. Ed. RT, 1998) artigo de Rodolfo Valença Hernandes, trazido a lume na RT 655/239, em que fica*

bem acessível a distinção entre o dano moral e o dano estético:

> O dano estético distingue-se do dano moral.
> O primeiro - dano estético - está voltado para fora, vulnera o corpo, atinge, desfigura a silhueta, a beleza, a plástica, corresponde ao patrimônio da aparência.
> O segundo - dano moral - é intrínseco, está voltado para dentro, afeta os sentimentos, macera a alma, penetra nos domínios da emoção, incorpora-se ao psiquismo, integra a essência do ser: constitui o acervo da consciência.

Para Rui Stoco o dano estético é uma espécie do gênero dano moral. Citando lições de Teresa Ancona, assinala o renomado autor:

> 'Há, então, um sofrimento moral tendo como causa uma ofensa à integridade física, e este é o ponto principal do conceito de dano estético.' (idem, p. 23).
> Acrescentaríamos que a condição *sine qua non* à caracterização do dano estético, que justifica que se indenize por dano moral, é a ocorrência de efetiva e permanente transformação física na vítima, já não tendo, hoje, a mesma aparência que tinha, pois esta constitui um patrimônio subjetivo seu, que tem valor moral e econômico (p. 1.657).

Por uma ou outra abordagem, conclui-se que a indenização por dano estético está relacionada à configuração de uma deformidade, uma anomalia física, passível de causar constrangimento ao portador.

A indenização, nesse caso, não tem caráter reparatório, mas compensatório, visando amenizar os sofrimentos suportados.

No caso dos autos, tenho que restou demonstrado que a autora, em razão do acidente sofrido, apresenta atualmente uma cicatriz de aproximadamente 20 centímetros em seu braço esquerdo, fato atestado pelo laudo pericial de f. 125 e fotografia acostada à f. 10.

Ademais, foi constatado que a recorrente sofreu limitação de movimentos neste membro, com rigidez de cotovelo por sequela da fratura do antebraço e ressecção da cabeça do rádio (f. 125), apresentando bloqueio mecânico na "flexo extensão", o que não deixa de se caracterizar como uma deformidade e limitação permanente.

Assim, tenho que razoável a fixação dos danos estéticos sofridos em R$3.000,00 (três mil reais), a serem corrigidos desde a data da publicação deste acórdão, e acrescidos de juros de mora, contados desde o evento danoso, nos termos da Súmula 54 do colendo STJ.

Por fim, ressalto que o Município não interpôs recurso quanto aos critérios de atualização do valor fixado a título de danos morais, pelo que descabe sua alteração nesta instância, por se tratar de sentença não sujeita ao reexame necessário.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso principal e dou parcial provimento ao apelo adesivo, para reformar em parte a r. sentença, apenas para determinar que o Município de Uberaba pague à autora a importância de R$ 3.000,00 (três mil reais), a título de indenização pelo dano estético sofrido, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, contados desde o evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ, e correção monetária a incidir desde a data da publicação desta decisão (fixação do *quantum*).

Em razão da reforma da r. sentença e da sucumbência parcial, fixo os honorários advocatícios em R$ 3.000,00 (três mil reais). Dessarte, distribuo, com base no art. 21 do CPC, os ônus da sucumbência na proporção de 70% para o Município de Uberaba e 30% para a requerente, suspensa a exigência do pagamento para esta última nos termos dos arts. 11, § 2º, e 12 da Lei 1.060/50.

Custas processuais e recursais na mesma proporção, observada a gratuidade de justiça em favor da autora e a isenção legal de que goza o ente municipal.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALMEIDA MELO e AUDEBERT DELAGE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO ADESIVO.

...

Despejo por falta de pagamento - Liminar - Requisitos - Art. 59, § 1º, inciso IX, da Lei 8.245/91 - Presença - Manutenção da liminar

Ementa: Ação de despejo fundada em falta de pagamento. Pedido liminar. Requisitos previstos no art. 59, §1º, inciso IX, da Lei 8.245/91. Presença. Manutenção da liminar de despejo.

- Nos termos do inciso IX do § 1º do art. 59 da Lei 8.245/91, será concedida a liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.10.175778-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Manoel Gustavo Assis Coelho - Agravado: Luciano Diniz Imóveis Ltda. - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de março de 2011. - *Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravado, o Dr. Vitor Thales do Nascimento.

DES. MOTA E SILVA - Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Manoel Gustavo Assis Coelho, em que a parte agravante pretende reverter a decisão proferida pelo Juízo *a quo*, Antônio Belasque Filho, que deferiu o pedido liminar determinando à parte ré/agravante a desocupação do imóvel em 15 (quinze) dias.

A parte agravante argui preliminar de ilegitimidade ativa afirmando que o agravado não colacionou aos autos o registro do imóvel emitido pelo cartório competente a fim de comprovar sua titularidade da propriedade e consequente legitimidade para propor a presente ação. Alega a inexistência de notificação extrajudicial, o que contraria o disposto no art. 56 da Lei 8.245/91. Requer a reforma da decisão agravada, bem como que seja decretada a sua permanência no imóvel até o trânsito em julgado da presente ação.

Foi deferido o pedido de efeito suspensivo e o pedido de justiça gratuita.

Intimada a parte agravada para apresentar resposta, esta se manifestou às f. 56-64-TJ, pugnando pelo desprovimento do recurso de agravo e consequente manutenção da decisão agravada.

É o relatório. Passo a decidir.

Da preliminar de ilegitimidade ativa.

A parte agravante argui preliminar de ilegitimidade ativa afirmando que o agravado não colacionou aos autos o registro do imóvel emitido pelo cartório competente a fim de comprovar sua titularidade da propriedade e consequente legitimidade para propor a presente ação.

Entretanto, não assiste razão à parte agravante.

Tratando-se de ação de despejo, basta para que se configure a legitimidade do autor, a comprovação de sua condição de locador, o que, pelo menos à primeira vista, foi feito, através do documento de f. 19-TJ.

> Ação de despejo cumulada com cobrança. Prescindibilidade de notificação para desocupar o imóvel. Cerceamento de defesa afastado. Comprovante da propriedade do imóvel. Desnecessidade. Indenização por benfeitorias afastada. Voto parcialmente vencido.
> [...]
> Em se tratando de ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis vencidos, é desnecessário comprovar o domínio do imóvel, objeto do contrato de locação, sendo que a exigência de se instruir a inicial com a prova da propriedade do imóvel só se evidencia em casos devidamente especificados no art. 60 da Lei 8.245/91. [...] (TAMG, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 324.558-9, Rel. Juíza Jurema Brasil Marins, j. em 13.12.2000.)

> Despejo - Prova de propriedade - Desnecessidade. - O autor da ação de despejo não precisa ser necessariamente proprietário do imóvel locado, porque a locação é relação de direito pessoal, e a Lei do Inquilinato regula as hipóteses excepcionais em que tal exigência se faz presente (art. 47, § 2º, e art. 60 da Lei nº 8.245/91) (2º TACiv-SP, 10ª Câmara, Ap. nº 616.771-00/9, Rel. Juiz Marcos Martins, j. em 30.7.2001).

> Despejo. Imóvel alienado. Notificação da locatária. Pagamento dos aluguéis aos adquirentes. Registro da transação. Irrelevância. - A relação jurídica *ex locato* prescinde da comprovação da propriedade do bem locado, contentando-se com a prova de sua posse, circunstância esta de pleno conhecimento da locatária, não só por ter sido notificada da alienação do imóvel locado, como por pagar os aluguéis e encargos da locação aos compromissários compradores, tornando irrelevante a inexistência do registro da transação. (2º TACiv-SP, 7ª Câmara, Ap. nº 570.591-00/4, Rel. Juiz Paulo Ayrosa, j. em 28.1.2000).

Rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa.

Da alegação de inexistência de notificação e da liminar de despejo.

A parte agravante alega a inexistência de notificação extrajudicial, o que contraria o disposto no art. 56 da Lei 8.245/91.

O art. 56 da Lei 8.245/91 assim dispõe:

> Art. 56. Nos demais casos de locação não residencial, o contrato por prazo determinado cessa, de pleno direito, findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.
> Parágrafo único. Findo o prazo estipulado, se o locatário permanecer no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação nas condições ajustadas, mas sem prazo determinado.

Ora, prevê o artigo supracitado justamente a desnecessidade de notificação nos casos de contrato de locação para fim não residencial e com prazo determinado.

Lado outro, observa-se que o pedido liminar de despejo se fundou no art. 59, § 1º, inciso IX, da mesma lei, que assim dispõe:

> Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário.
> § 1º Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze

dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo: [...]
IX - a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo. (Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009.)

Dessa feita, tem-se que a liminar de despejo fundada na falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação tem como requisito a prestação de caução no valor equivalente a três meses de aluguel, o que foi demonstrado pela parte autora à f. 22-TJ, bem como a inexistência no contrato das garantias previstas no art. 37 da mesma lei.

O art. 37 da Lei 8.245/91 trata das seguintes garantias:

Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:
I - caução;
II - fiança;
III - seguro de fiança locatícia;
IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.

E, pelo contrato de f. 19/21-TJ observa-se que não foram oferecidas as garantias previstas no art. 37 supramencionado.

Assim, presentes os requisitos previstos no art. 59, § 1º, inciso IX, da Lei 8.245/91, deve ser deferida a liminar de despejo fundada na falta de pagamento.

Esse é o entendimento deste eg. TJMG:

Agravo de instrumento. Ação de despejo por falta de pagamento. Liminar. Requisitos. Caução. Em ação de despejo por falta de pagamento, a concessão da liminar para desocupação do imóvel exige, entre outras coisas, a prestação de caução no valor equivalente a três meses de aluguel. Numeração Única: 0384451-96.2010.8.13.0000; Relator: Des. Maurílio Gabriel; j. em 16.09.2010; p. em 21.10.2010.

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de despejo. Liminar. Desocupação. Possibilidade. Falta de pagamento. Imóvel urbano. - O art. 59 da Lei 8.245/91 admite a concessão de liminar para desocupação do imóvel, independentemente de audiência da parte contrária. A falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação autoriza o deferimento da liminar para desocupação do imóvel em quinze dias. Numeração Única: 0379278-91.2010.8.13.0000 Relator: Des. Marcos Lincoln; j. em 12.01.2011; p. em 21.01.2011.

Além disso, o § 3º do art. 59 da Lei 8.245/91 assim prevê:

§ 3º No caso do inciso IX do § 1º deste artigo, poderá o locatário evitar a rescisão da locação e elidir a liminar de desocupação se, dentro dos 15 (quinze) dias concedidos para a desocupação do imóvel e independentemente de cálculo, efetuar depósito judicial que contemple a totalidade dos valores devidos, na forma prevista no inciso II do art. 62.

O que significa que o locatário tem a possibilidade de elidir a mora efetuando o pagamento dos valores devidos e, consequentemente, evitará a efetivação da liminar de desocupação.

Por todo o exposto, com fulcro no art. 59, § 1º, inciso IX, da Lei 8.245/91, considerando a caução efetivada à f. 22-TJ, bem como a inexistência das garantias previstas no art. 37 da mesma lei (caução, fiança, seguro de fiança locatícia ou cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento) no contrato de f. 19/21-TJ, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão agravada que deferiu a liminar de despejo.

DES. ARNALDO MACIEL - De acordo com o Des. Relator.

DES. GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES - De acordo com o Des. Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Execução fiscal - IPTU - Responsabilidade superveniente - Transferência de propriedade no curso da ação - Pedido de substituição das CDAs - Desnecessidade

Ementa: Execução fiscal. IPTU. Responsabilidade superveniente. Transferência de propriedade no curso da ação. Pedido de substituição das CDAs. Desnecessidade.

- Na responsabilidade superveniente, o sucessor responde pelos tributos apurados ou passíveis de apuração (lançados ou não) à data da intercorrência do fenômeno sucessório, pois os créditos tributários referentes a impostos sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, na forma do art. 130 do CTN, prescindindo de substituição ou emenda da certidão de dívida ativa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.213378-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Fazenda Pública do Município de Belo Horizonte - Apelada: Clotildes Lino Campos - 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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2011. - *Eduardo Andrade* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO ANDRADE - Trata-se de execução fiscal movida pela FPMBH contra Clotildes Lino Campos, visando às exigências de IPTU e taxa de serviços urbanos - limpeza pública - e taxa de fiscalização de aparelhos de transporte, relativas ao exercício de 1999 e 2000, incidentes sobre imóvel cadastrado sob índice de nº 1 823037 009 037.

Citada, a executada celebrou com o Município acordo de parcelamento do débito, para pagamento em 10 (dez) parcelas, tendo a exequente requerido a suspensão do feito por 120 dias, renovando-o por mais 12 (doze) meses, em razão de seguidos acordos entre as partes.

Em 27 de outubro de 2009, a exequente manifesta-se nos autos (f. 32), requerendo, "por motivo de acerto cadastral pelo PTA 01.074900.08.96", a substituição das CDAs que instruem a presente execução fiscal, já apresentando as novas CDAs, direcionadas à Construtora Algon Ltda., atual proprietária do imóvel, conforme transferência que dele se fez, em abril de 2010, o que fez constar, inclusive, de nova guia de recolhimento do IPTU, f. 37.

O pedido mereceu indeferimento do douto Juiz, que, além do mais, entendeu por julgar extinta a ação, nos termos do art. 267, VI, do CPC, pelo fundamento de

> inexistência de título executivo contra o pretendido substituto (LEF, art. 2º, §§ 5º, I, e 6º) e diante da impossibilidade da substituição prevista no art. 2º, § 8º, da Lei 6.830/80, porque a hipótese implica a necessidade de novo lançamento tributário.

Da sentença, a exequente interpõe recurso de apelação.

Não houve apresentação de contrarrazões de apelação.

Subiram os autos a este eg. Tribunal de Justiça.

A teor do art. 129 do CTN, a responsabilidade do sucessor "aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos".

Tem-se, assim, que a caracterização da responsabilidade do sucessor prescinde de quaisquer indagações relacionadas à data da efetivação do lançamento, porque o sucessor responde pelos tributos apurados ou passíveis de apuração (lançados ou não) à data da intercorrência do fenômeno sucessório.

Na hipótese específica de impostos que atingem a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóveis, estes se sub-rogam na pessoa dos respectivos adquirentes, na forma do art. 130 do CTN, *verbis*:

> Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

A mesma determinação legal acha-se estatuída no art. 67 do Código Tributário Municipal:

> É responsável pelo pagamento do IPTU e das taxas que com ele são cobradas:
> I - O adquirente, pelo débito do alienante; [...].

Assim a sucessão tributária dá-se, *e.g.*, relativamente ao IPTU, taxa de limpeza pública, taxa de fiscalização de elevadores (aparelhos de transporte). Tais são as hipóteses dos autos.

A regra legal dispõe, claramente, que o ônus dos impostos sobre prédios se transmite ao adquirente. É parte passiva todo aquele cujos bens se sujeitam à execução, não somente as pessoas designadas no título executivo, bem como as que, por efeito de situação legitimadora, incorrem na órbita da responsabilidade executiva. Nos termos do citado art. 130 do CTN, o novo proprietário do imóvel é legítimo sucessor e responsável pela dívida do IPTU que sobre o mesmo recai, ainda que a mudança de propriedade ocorra após o lançamento tributário e no transcurso da ação executiva, tal como na hipótese dos autos.

Trata-se de responsabilidade superveniente, que se impõe, prescindindo de substituição ou emenda da certidão de dívida ativa.

Não seria mesmo viável que a exequente se visse impedida, em tal circunstância, de prosseguir a execução fiscal contra o novo proprietário, simplesmente porque não constasse o seu nome no título executivo, estando, ainda, impedida de substituir a CDA, em tal hipótese, em que não se configure mero erro formal ou material ou em que haja modificação do sujeito passivo da execução.

Esse o entendimento do STJ, a respeito da aplicabilidade do disposto no § 8º, VI, art. 2º da LEF, e que se expressa na Súmula nº 392:

> A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.

Certo que, no caso, por se tratar de responsabilidade superveniente relativa a IPTU e taxas incidentes

sobre imóvel, dispensável, como se vê, qualquer modificação no título executivo para que se prossiga a ação executiva contra o novo proprietário, bastando que seja o mesmo citado, com a renovação de prazos para, querendo, apresentar embargos à execução.

Nessa hipótese, nem a FPMBH corre risco de ver decaído o seu direito de proceder a novo lançamento e, tampouco, haverá prejuízo ao executado, uma vez que os atos processuais se reiniciam com a devolução dos prazos de defesa, a que, aliás, esteve atenta a exequente, ao requerer, à f. 36, que a nova proprietária fosse citada por carta, com aviso de recebimento, no endereço em que se acha estabelecida.

Com essas considerações, dou provimento à apelação e casso a r. sentença monocrática, determinando que, independentemente da substituição dos títulos executivos, seja dado prosseguimento à execução fiscal, com a citação do responsável superveniente, concedendo-lhe prazo para, querendo, se manifestar em embargos à execução.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GERALDO AUGUSTO e VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Promessa de compra e venda - Imóvel - Valor parcelado - Indexação - Salário mínimo - Impossibilidade - Substituição - Reajuste de poupança - Previsão contratual - Valor da causa - Art. 259, V, do CPC - Inteligência - Exceção ao comando legal - Revisão de contrato - Critério - Proveito econômico - Nulidade - Julgamento *ultra petita* - Inocorrência - Ausência de provimento ampliativo ou extenso - Prescrição - Inocorrência - Revisão do contrato - Nulidade de cláusula contratual - Compra e venda - Ausência de pretensão de ressarcimento e/ou reparação civil - Prazo

Ementa: Apelação cível. Compromisso de compra e venda. Imóvel. Valor parcelado. Indexação. Salário mínimo. Impossibilidade. Substituição. Reajuste de poupança. Observância necessária. Previsão contratual.

- A vinculação do valor das parcelas do financiamento do imóvel ao valor do salário mínimo é vedada por força de dispositivo constitucional, de modo que a declaração de nulidade da cláusula contratual que a previu em substituição por outro indexador denota mera observância ao texto da lei.

- Em empreendimento de venda de terrenos de loteamento, verificada a figura do consumidor e do fornecedor, têm plena aplicabilidade as normas do Código de Defesa do Consumidor na ação revisional de cláusulas contratuais.

Preliminar de impugnação ao valor da causa acolhida, preliminar de julgamento *ultra petita* e prejudicial de prescrição rejeitadas e recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.07.250553-6/003 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: JMC Empreendimentos Imobiliários Ltda. - Apelado: José Leal de Oliveira - 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, EM ACOLHER A PRELIMINAR DE IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA, REJEITAR A PRELIMINAR DE JULGAMENTO *ULTRA PETITA*, REJEITAR A PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 18 de janeiro de 2011. - *Cabral da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CABRAL DA SILVA - Adoto o relatório do Juízo *a quo*, às f. 262/263 por representar fidedignamente os fatos ocorridos em primeira instância.

Trata-se de apelação interposta contra decisão de f. 262/267, proferida nos presentes autos que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para declarar a nulidade da correção da prestação atrelada ao salário mínimo, determinando a sua substituição pelo índice da caderneta de poupança. Condenou a parte ré a devolver a quantia cobrada indevidamente, a ser liquidada por cálculo aritmético. Condenou, ainda, a ré a solver as custas, despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Em suas razões recursais, às f. 155/174, preliminarmente, a parte apelante inquinou o valor ofertado à causa que fora mantido pela sentença, eriçou a nulidade da sentença por ser o julgamento *ultra petita* e opôs a prejudicial de prescrição. Defendeu a possibilidade de equivalência do reajuste ao salário mínimo e a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso em estudo. Postulou a revisão da distribuição dos

encargos sucumbenciais e a compensação dos honorários. Ao final, requereu que fosse ofertado provimento ao recurso.

A parte apelada não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Do valor da causa.

No que toca à fixação do valor da causa, a meu sentir e ver, deve ser ofertado provimento ao presente recurso, pois estabelecido de modo que não reflete o entendimento mais contemporâneo e majoritário, pelo que passo a justificar o posicionamento ora externado.

Como se pode abstrair da análise do contrato objeto da revisão contratual ora em julgamento, o valor do imóvel adquirido é de R$11.088,00.

O Código de Processo Civil no art. 259, V, de maneira hialina, regulamenta a questão ora em discussão, *ex vi*:

> Art. 259. O valor da causa constará sempre da petição inicial e será:
> [...]
> V - quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor do contrato;
> [...]

Desse modo, se aplicado de maneira estrita o imperativo acima, o valor da causa deve corresponder ao do contrato, que por sua vez corresponde ao do imóvel adquirido. Assim, *ab initio*, poder-se-ia dizer que a parte autora teria agido escorreitamente.

Todavia, o entendimento jurisprudencial moderno tem compreendido que em ações revisionais o valor da causa deve corresponder ao proveito econômico que se busca, já que não se inquina de maneira absoluta o contrato. Este posicionamento visa elidir distorções decorrentes da aplicação do art. 259, V, do CPC, que tornava os encargos sucumbenciais por demais onerosos para as partes, tendo em vista o reflexo financeiro que a revisão poderia propiciar, mesmo na hipótese de provimento integral do pleito exordial.

A situação ora em deslinde se amolda como luvas às mãos ao contexto acima descrito, pois se vindica, por via desta ação, a revisão de algumas cláusulas do contrato, ou seja, não a que tenciona alcançar sua integral modificação. Dessarte, incorreta a fixação do valor da causa como sendo o valor do contrato.

Em tal conjectura, o valor da causa deve corresponder ao proveito econômico que se pretende alcançar, ou seja, o resultado financeiro que beneficiará a parte autora em razão da revisão do contrato.

O entendimento jurisprudencial sobre a questão não discrepa da posição acima exposta, *verbi gratia*:

> Ementa: Processual civil. Impugnação ao valor da causa. Art. 542, § 3º, do CPC. Exceção ao comando legal que determina a retenção do recurso especial. Ação de revisão contratual. Art. 259, V, do CPC.
> 1. A jurisprudência desta Corte relaciona o valor da causa ao proveito econômico pretendido com a demanda. Assim, na hipótese em que a ação revisional na qual foi apresentada a impugnação ao valor da causa visa, justamente, nova definição do valor do contrato, a fim de obter o reequilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico, o valor da causa deve ser a diferença entre o valor originalmente fixado e o pretendido.
> 2. Recurso especial a que se dá parcial provimento. (REsp 742163/DF, Recurso Especial 2005/0060981-1, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Órgão Julgador: T1 - Primeira Turma, Data do julgamento: 15.12.2009.)

No caso em estudo, não fora deliberado sobre a impugnação ao valor da causa em audiência, como se deveria, art. 277, § 4º, do CPC. Tal questão fora decidida em sentença. Assim, tendo em vista os princípios do aproveitamento dos atos processuais, celeridade e razoabilidade, entendo que a modificação do valor da causa pode ser neste ensejo determinada, mas apurado somente em sede de liquidação. A alteração em espeque não implicou majoração, o que poderia ensejar a complementação do recolhimento das custas iniciais, mas sim diminuição, logo nenhum prejuízo há para as partes, já que nada deve ser solvido a tal título. Ademais, a parte autora se encontra sob o pálio da justiça gratuita, não sendo, por isso, exigível o pagamento de custas. Logo, pode ser o importe em comento aferido em liquidação, pois, eventualmente, somente trará consequências para os encargos sucumbenciais.

Em face ao exposto, acolho a preliminar em comento para modificar o valor da causa, fixando-o como sendo o correspondente ao valor do proveito econômico buscado pela parte autora, a ser apurado em liquidação.

Preliminar de nulidade parcial da sentença - julgamento *ultra petita*.

Diz a ré que, porque não postulada a declaração de inexistência da *mora debitoris*, seu acolhimento denota desfecho impróprio, especialmente por afrontar os limites da demanda.

Friso que o conhecimento de julgamento *ultra petita* é dever de ofício do Magistrado, pelo que, independe de provocação da parte, pois caracteriza nulidade na medida em que representa ofensa ao princípio processual da inércia, art. 2º do CPC, *ex vi*: "Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais".

Ademais, destaco que o pedido deve ser interpretado em observância aos seus precisos e exatos termos, não sendo admitida interpretação extensiva.

Sobre a questão em tela, leciona o Mestre Humberto Theodoro Júnior:

> Isto quer dizer que o critério interpretativo não pode ser o ampliativo ou extenso. Integra o pedido tão somente o que nele expressamente estiver contido (THEODORO JÚNIOR,

Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 337).

A meu sentir e ver, no entanto, a mera menção de consequência dessa natureza no corpo da fundamentação com propósito de reforçar as razões de decidir, sem, portanto, qualquer provimento a esse respeito no dispositivo sentencial, não acarreta mácula de tal natureza.

Eis o que se conclui por exame da f. 266/267, de onde se apura a absoluta inexistência de qualquer declaração judicial atinente à não caracterização da mora em que se apega a demandada, vale dizer, de condenação da ré em "[...] quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado" (art. 460 do CPC).

Arguiu a apelante preliminar de nulidade da sentença, ao argumento de que os autores não formularam pedido de declaração de inexistência da mora, não obstante, a sentença a declarou, o que obstaculizou o direito da apelante de cobrar os encargos decorrentes do inadimplemento.

Cabe aqui ligeira análise do conceito de julgamento *ultra petita*.

Humberto Theodoro Júnior, in *Curso de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, v. 1, p. 468, discorreu sobre o tema, ressaltando a necessária observância do Princípio da Congruência entre o pedido e a sentença, como segue:

> [...] É preciso que o objeto do processo fique bem claro e preciso para que sobre ele possa manifestar-se a defesa do réu. Daí por que, sendo o objeto da causa do pedido do autor, não pode o juiz decidir fora dele, sob pena de surpreender o demandado e cercear-lhe a defesa, impedindo-lhe o exercício do pleno contraditório. O princípio da congruência, que impede o julgamento fora ou além do pedido, insere-se, destarte, no âmbito maior da garantia do devido processo legal. [...] Em síntese, o pedido é a condição e o limite da prestação jurisdicional, de maneira que a sentença, como resposta ao pedido, não pode ficar aquém das questões por ele suscitadas (decisão *citra petita*) nem se situar fora delas (decisão *extra petita*), nem tampouco ir além delas (decisão *ultra petita*).

Nesse contexto, restou que não há que se falar em nulidade da sentença em razão de julgamento *ultra petita*, pois, como se vê pela inicial, houve pedido de depósito em juízo do valor das prestações, f. 07, o que foi autorizado, f. 47.

Adiante, constatou o Juízo a abusividade da cláusula contratual que atrelou o reajuste das parcelas ao reajuste do salário mínimo, e, em razão disso, afastou a mora especificamente quanto às parcelas depositadas em juízo, f. 266.

Restou que a sentença não se afastou do pedido formulado pelos autores/apelados, pois, quando requereram autorização para depositar judicialmente as parcelas que venceriam no curso da demanda, pretendiam, exatamente, eximir-se da mora.

Rejeito a preliminar e, com ela, teses e preceitos alçados.

Prescrição.

Arguiu novamente a apelante, prejudicial de mérito de prescrição com base no art. 206, § 3º, incisos IV e V, do Código Civil.

Sem razão a apelante.

Ora, simples leitura da inicial é suficiente para perceber-se que não pretendem os apelados nada mais que a revisão do contrato de compra e venda firmado entre as partes e o afastamento da cláusula que vincula o reajuste das prestações ao reajuste do salário mínimo, de modo que não se aplica à espécie a prescrição trienal, pois não há pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa ou pretensão de reparação civil.

Segundo a demandada, a hipótese orienta-se pelo disposto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil atual, estando, portanto, sujeita ao prazo prescricional de 3 (três) anos já esgotados quando do ajuizamento da ação.

É certo, porém, que a restituição de valores emerge como consequência da pretensão de nulidade de cláusula contratual, ou seja, como resultado do acertamento do contrato de compra e venda posto à revisão, nisso residindo sua essência. Não se enquadra, como tal, na hipótese de ressarcimento de enriquecimento sem causa.

Nesse cenário, resulta aplicável o prazo prescricional de 10 anos disciplinado pelo art. 205 do Código atual.

Dessarte, rejeito a prejudicial de prescrição.

Mérito.

Impossibilidade de equivalência ao salário mínimo.

Pretende a apelada a nulidade da cláusula segunda do contrato de promessa de compra e venda, a qual estabeleceu, *in verbis*: "50% SM (cinquenta por cento do salário mínimo vigente em Minas Gerais)".

Dispõe a Constituição da República de 1988, em seu art. 7º, que:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> [...]
> IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Dessa forma, hialina é a nulidade da cláusula em questão, havendo que ser declarada nula, uma vez que há expressa vinculação da parcela ao salário mínimo, o que é expressamente vedado pela Constituição da República.

Essa é a posição de nosso eg. Tribunal de Justiça, veja-se:

> Ação ordinária de rescisão contratual - Compra e venda de imóvel - Vinculação do reajuste das parcelas ao salário mínimo - Vedação. - O defeito na representação processual é vício sanável, que não implica nulidade do feito ou decretação de revelia antes de intimado o réu para supri-la, mormente se ainda estiverem os autos nas instâncias ordinárias. De acordo com o art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988, o salário mínimo não pode servir de indexador para contrato de promessa de compra e venda de imóvel, caso não esteja o mesmo vinculado ao sistema financeiro de habitação, devendo ser substituída a correção monetária pelo INPC (Apelação Cível nº 1.0647.06.068518-5/001 - Rel. Otávio Portes - j. em 28.09.2007).

> Agravo de instrumento - Pedido de revisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel a prestação - Tutela antecipada - Preenchimento dos requisitos - Salário mínimo - Vinculação vedada. - A vinculação do valor de prestações ao salário mínimo atenta contra o disposto no inciso IV do art. 7º da Constituição da República, sendo, portanto, vedada. - Demonstrada a coexistência de todos os pressupostos pertinentes a um dos pedidos de tutela antecipada, o seu deferimento é medida que se impõe (Apelação Cível nº 2.0000.00.450698-3/000(1) - Rel. Mauro Soares de Freitas - j. em 18.06.2004).

Com tais fundamentos, mantenho a sentença nesse ponto, declarando nula a correção da prestação via atrelamento ao salário mínimo.

Aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Argui a apelante a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso em apreço, asseverando que, por isso, tem liberdade para praticar os encargos livremente contratados, notadamente a multa moratória de 10% sobre o valor do débito.

Sem razão a apelante.

Evidencia-se no caso nítida relação de consumo, visto que os apelados e a apelante se amoldam ao conceito de consumidor e fornecedor estampados nos arts. 2º e 3º da Lei 8.078, de 1990.

Cumpre destacar que a relação havida entre as partes se submete à regência das normas insculpidas no Código de Defesa do Consumidor, haja vista que empreendedoras imobiliárias se enquadram na categoria de fornecedoras, para fins de configuração da relação de consumo. É o que se depreende do art. 3º, § 2º, do CDC:

> Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
> [...]
> § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito, securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhista.

Em empreendimento de venda de terrenos de loteamento, verificada a figura do consumidor e do fornecedor, têm plena aplicabilidade as normas do Código de Defesa do Consumidor na ação revisional de cláusulas contratuais.

Nesse sentido, julgados, que se transcrevem:

> Ação de restituição - Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Cláusula que prevê retenção de 50% do valor para pagamento de corretagem. Abusividade. Devolução imediata das parcelas pagas. Retenção de 15%. - O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos de promessa de compra e venda realizados diretamente com a construtora, devendo ser declaradas nulas, de pleno direito, as cláusulas abusivas constantes do contrato de adesão. O compromissário comprador que está em dificuldades financeiras e impossibilitado de continuar saldando as prestações contratadas faz jus à devolução imediata do que pagou, numa única parcela. Deve ser declarada nula a cláusula que prevê a retenção de 50% do valor quitado, para pagamento de corretagem, uma vez que referido percentual revela-se excessivamente oneroso ao consumidor. É lícito ao empreendedor reter 15% (quinze por cento) sobre o montante a ser restituído, a título de compensação pelas despesas com o negócio (TJMG, 14ª CC, AC nº 1.0024.05.871074-0/001(1), Rel. Des. Renato Martins Jacob, j. em 3.8.2006).

> Rescisão contratual. Contrato de promessa de compra e venda de bem imóvel. Compra. Inadimplência do comprador. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. [...] arras que equivalem a 30% do valor do imóvel. Descaracterização. Retenção. Impossibilidade. - Aplica-se aos contratos de compra e venda realizados diretamente com a construtora o Código de Defesa do Consumidor, devendo ser declaradas nulas, de pleno direito, as cláusulas abusivas constantes do contrato de adesão.
> - É abusiva a cláusula de decaimento de todas as parcelas, ou de parte considerável delas, nos contratos de compra e venda de bem imóvel. [...]
> - Deve ser declarada nula a cláusula que prevê a perda das arras dadas como sinal do pagamento, se referida cláusula for excessivamente onerosa ao consumidor, sendo, na verdade, falsas as arras que equivalham a 30% do valor do imóvel.
> Apelação principal e adesiva parcialmente providas (TAMG, Apelação Cível nº 378118-6, 2ª Câmara Cível, Rel. Juiz Pereira da Silva, j. em 25.02.2003).

Feitas tais considerações, concluo pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela.

Dos encargos sucumbenciais e honorários.

No que toca à distribuição dos encargos sucumbenciais, entendo que assiste razão à parte apelante.

No caso, como se pode abstrair da leitura da sentença, os pedidos de redução do valor do imóvel, repetição em dobro do indébito e de consignação foram julgados improcedentes. Apenas a declaração da nulidade da cláusula que estabelecia o salário mínimo como indexador foi acolhida.

Assim, a sucumbência da parte autora fora maior que a da ré. Todavia, o pedido contraposto formulado pela parte ré fora negado, logo, julgo que seja distribuição correta de tais encargos à razão de 70% para a parte autora e 30% para a ré, tudo em estrita consonância ao que preleciona o art. 21 do CPC.

No que toca os honorários, julgo que a sua fixação sobre o valor da causa, no caso, é possível, na medida em que não houve condenação ao pagamento de valor. Todavia, julgo que sua atribuição apenas à parte ré é indevida em razão da sucumbência recíproca. Logo, distribuo o encargo em questão para as partes na mesma razão acima citada, devendo ocorrer a compensação dessa verba, consoante preleciona o artigo acima mencionado.

A exigibilidade de tal condenação relativamente à parte autora resta suspensa por força do art. 12 da Lei 1.060/50.

Dispositivo.

Ex positis, dou parcial provimento ao presente recurso para modificar o valor da causa, fixando-o como sendo o correspondente ao valor do proveito econômico buscado pela parte autora, a ser apurado em liquidação. Determino a distribuição das custas, inclusive recursais, despesas processuais e honorários sucumbenciais, os quais mantenho no valor fixado em primeira instância, na razão de 70% a serem solvidos pela parte autora e 30% pela parte ré, autorizando a sua compensação. A exigibilidade de tal condenação relativamente à parte autora resta suspensa por força do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GUTEMBERG DA MOTA E SILVA e GENEROSO FILHO.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR DE IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA, REJEITARAM A PRELIMINAR DE JULGAMENTO *ULTRA PETITA*, REJEITARAM A PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.

...

Contrato - Revisão de cláusulas - Competência territorial - Natureza relativa - Alteração de ofício - Impossibilidade - Súmula 33 do STJ - Aplicação

Ementa: Agravo de instrumento. Ação com pretensão revisional. Competência relativa. Impossibilidade de declinação de ofício.

- A regra de competência estabelecida pelo art. 100, IV, a, do CPC é relativa e, portanto, não pode ser declarada de ofício, devendo ser arguida pela parte contrária, mediante exceção de incompetência.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.10.254770-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Edson Wander Aguiar - Agravado: BV Financeira S.A. Crédito, Financiamento e Investimento. 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 2 de março de 2011. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT (Relator) - O agravante insurge-se contra a decisão proferida pelo Juízo da 26ª Vara Cível desta Capital, que, nos autos da ação com pretensão de revisão de cláusulas contratuais proposta pelo agravante, declinou da competência para a Comarca de Governador Valadares.

Contra tal decisão insurge-se o agravante. Alega que estão em discussão questões atinentes à competência territorial. Afirma que o Magistrado se deu por incompetente para processar e julgar o presente feito, contudo se trata de competência relativa, não podendo o juiz declará-la de ofício, conforme disposto na Súmula 33 do STJ.

Colacionou jurisprudências e requereu seja o recurso conhecido e provido, reformando a decisão agravada.

Formalizou o instrumento com documentos de f. 12/78-TJ.

Recurso recebido às f. 83/83-v.-TJ.

Vindo as informações prestadas pelo Juiz prolator da decisão agravada à f. 89-TJ, esclarecendo que o agravante cumpriu o disposto no art. 526 do CPC e que a decisão foi mantida.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Não havendo preliminares, passo de pronto ao exame de mérito.

A priori, ressalto que, em que pese em outros feitos ter decidido em sentido contrario, estou me reposicionando para aderir ao entendimento majoritário desta Câmara.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da 26ª Vara Cível desta Capital, que, nos autos da ação com pretensão de revisão de cláusulas contratuais proposta pelo agravante, declinou da competência para a Comarca de

Governador Valadares. O autor, ora agravante, requer a manutenção dos autos principais nesta Capital.

Tenho que lhe assiste razão.

Em seu *Curso de direito processual civil* (44. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, v. I, p. 204), Humberto Theodoro Júnior ensina que a competência absoluta é aquela "insuscetível de sofrer modificação, seja pela vontade das partes, seja pelos motivos legais de prorrogação (conexão ou continência de causas)", e que a competência relativa é a "passível de modificação por vontade das partes ou por prorrogação oriunda de conexão ou continência de causas".

E acrescenta o renomado processualista: "São relativas, segundo o Código, as competências que decorrem do valor ou do território (art. 102) e absolutas a *ratione materiae* e a de hierarquia (art. 111)".

No mesmo sentido posicionam-se Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

> Competência relativa. Porque ditadas no interesse privado, como atuação do princípio dispositivo, a competência territorial e pelo valor da causa são relativas. O juiz não pode pronunciar de ofício a incompetência relativa (STJ 33), porque depende da iniciativa exclusiva do réu. Na ausência de impugnação pelo réu, por meio de exceção de incompetência, prorroga-se a competência, e o juiz que era originariamente relativamente incompetente se torna competente. Sua sentença é válida e não padece de nenhum vício; não pode ser rescindida por ação rescisória. (*Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 510.)

Decorre daí que a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício, devendo ser questionada em exceção, sob pena de sofrer prorrogação (cf. arts. 112 e 114 do Código de Processo Civil).

Tal entendimento está, inclusive, disposto na Súmula nº 33 do STJ:

"A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício".

Nesse caso, o réu, caso entenda ter sido prejudicado em sua defesa em virtude do foro escolhido, deverá arguir, em exceção, a incompetência do juízo.

Observo, todavia, que não há como, nesse recurso, estabelecer em definitivo a competência do juízo, pois esta matéria deverá ser examinada em exceção de incompetência, se e quando apresentada pela parte interessada.

Dessa forma, dou provimento ao recurso interposto para revogar a decisão e determinar a manutenção dos autos no Juízo da 26ª Vara Cível desta Capital.

DES. MARCELO RODRIGUES - De acordo com o Relator.

DES. MARCOS LINCOLN - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

Coisa julgada - Imutabilidade - Novas decisões e recursos sobre a matéria - Impossibilidade

Ementa: Processual civil. Coisa julgada. Imutabilidade. Impossibilidade de novas decisões e recursos sobre a matéria.

- Operando-se a coisa julgada, a matéria torna-se imutável e indiscutível nos autos, não mais se sujeitando a novas decisões e a recursos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0145.06.-293575-7/006 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: Telemar Norte Leste S.A. - Agravado: Sidney Cloris Alves - 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 Maurílio Gabriel, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2011. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Telemar Norte Leste S.A. em face da decisão prolatada nos autos da ação de repetição de indébito, em fase de cumprimento de sentença, contra ela ajuizada por Sidney Cloris Alves.

A referida decisão encontra-se assim redigida:

> Vistos, etc. Analisando devidamente os autos, entendo que razão assiste ao autor/exequente, pois com a documentação aqui acostada verifico que a sentença destes autos já transitou em julgado, portanto, o valor é devido, dessa forma, confirmado o valor a ser pago pelo impugnante nada mais deverá ser analisado. À luz do exposto, julgo improcedente a impugnação. Sem condenação em honorários, pois incabível na espécie. P.R.I.

Sustenta a agravante que

> a impugnação ao cumprimento de sentença tratou de demonstrar a declarada constitucionalidade da cobrança dos pulsos excedentes, com dotação dos efeitos *ex tunc* e *erga omnes*.

Alega que o Supremo Tribunal Federal reconheceu,

> em prol da segurança jurídica e necessidade de tratamento isonômico por parte do Poder Judiciário, a soberania e autoridade do entendimento consolidado pelo Superior

> Tribunal de Justiça na interpretação da legislação federal, remetendo a resolução do litígio à aplicação da Súmula 357 deste Tribunal, como do incidente previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil, através do REsp 1074799/MG, quando reafirmou-se a legalidade na cobrança de pulsos além da franquia questionada, sob pena, inclusive de reclamação constitucional (art. 105, I, f, CF/88).

Ao final, pugna pelo acolhimento do presente recurso para "reformar a decisão de f. 465 para declarar inexigível o título executivo".

Foi deferido o efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Nas informações que prestou, o culto Juiz singular informou ter mantido a decisão recorrida e ter a agravante cumprido o disposto no art. 526 do Código de Processo Civil.

Em contraminuta, Sidney Cloris Alves bate-se pelo não provimento do recurso.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Depreende-se dos autos deste recurso que Sidney Cloris Alves ajuizou contra a Telemar Norte Leste S.A. ação visando ser restituída pelos pulsos além da franquia e chamadas de telefone fixo para celular não detalhados nas contas que lhe foram enviadas.

Os pedidos iniciais foram julgados parcialmente procedentes por sentença mantida, por maioria, por acórdão proferido por esta 15ª Câmara Cível (cf. f. 254/261-TJ), transitado em julgado (cf. f. 442-TJ).

Iniciado o cumprimento de sentença (cf. f. 444-TJ e seguintes), apresentou-lhe impugnação a Telemar Norte Leste S.A. (cf. f. 452-TJ e seguintes), alegando inexigibilidade do título, em razão do entendimento posteriormente consolidado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Nenhuma razão possui a agravante.

Como bem ressaltado na decisão agravada, os argumentos da recorrente não têm o condão de afastar a eficácia da coisa julgada material, decorrente do trânsito em julgado da sentença proferida na fase de conhecimento, que se tornou imutável (art. 467 do Código de Processo Civil).

Na verdade, pretende a agravante rediscutir matérias que já foram objeto de cognição exauriente em todas as instâncias, em manifesta afronta ao disposto no art. 471 do Código de Processo Civil e à segurança jurídica.

Não há que se falar, ainda, na incidência do § 1º do art. 475-L do mesmo diploma legal, por referir-se à inexigibilidade de

> título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição.

A sentença exequenda não se encontra amparada em qualquer lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em interpretação de lei tida como incompatível com a Constituição.

A jurisprudência encampa este entendimento:

> Agravo de instrumento. Ação de execução. Impugnação. Alegação de inexigibilidade do título. Coisa julgada. Impossibilidade de reapreciação. - O STF não declarou inconstitucional qualquer norma, apenas firmou entendimento sobre a legalidade da apuração dos pulsos excedentes até 2007 não havendo como rever a decisão judicial já transitada em julgado, a qual resultou no presente título executivo (TJMG, Agravo de Instrumento Cível nº 1.0145.06.342811-7/005, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Osmando Almeida, j. em 16.11.10).

> Impugnação ao cumprimento de sentença. Pulsos excedentes. Rediscussão da matéria. Coisa julgada. Caráter absoluto. - O fato de a decisão executada ser contrária ao entendimento dos Tribunais Superiores não autoriza a desconstituição da coisa julgada, pilar da segurança jurídica. Recurso não provido (TJMG, Apelação Cível nº 1.0145.05.281128-1/003, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Alberto Aluízio Pacheco de Andrade, j. em 11.05.10).

> Agravo de instrumento. Impugnação ao cumprimento de sentença. Alegação de inexigibilidade do título. Matéria exaustivamente enfrentada em fase de conhecimento. Rediscussão imprópria. Coisa julgada. Decisão singular mantida. Agravo improvido. - 1 - As matérias versadas na impugnação foram alvo de cognição exauriente em todas as instâncias, inclusive, com trânsito em julgado, o que torna desarrazoada a intenção do agravante de buscar sua reapreciação neste momento. - 2 - Portanto, em razão da eficácia da coisa julgada material, não poderá o executado voltar a juízo para rediscutir a mesmíssima pretensão. - 3 - Agravo a que se nega provimento (TJMG, Agravo de Instrumento Cível nº 1.0145.05.250492-8/004, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Kupidlowski, j. em 04.02.10).

Com tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela agravante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TIBÚRCIO MARQUES e TIAGO PINTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Reintegração de posse - Legitimidade passiva - Agente perturbador da posse - Dano material - Prova - Necessidade

Ementa: Ação de reintegração de posse. Legitimidade passiva. Agente perturbador da posse. Danos materias. Prova. Necessidade.

- A prática de esbulho não se dá somente pelo proprietário ou detentor do bem, mas por todo aquele que tenha exercido a perturbação da posse do real possuidor.

- É entendimento pacificado na jurisprudência de nossos Tribunais que o dano material apenas pode ser indenizado mediante prova efetiva e inequívoca de sua ocorrência.

Negar provimento aos recursos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.06.294008-8/002 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1º) Anna Elisa Surerus, 2º) Francisco Carlos Favero - Apelados: Francisco Carlos Favero, Anna Elisa Surerus, Sérgio Roberto de Paula Cupolillo - Relator: DES. OTÁVIO PORTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador *Batista de Abreu*, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 4 de fevereiro de 2011. - *Otávio Portes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO PORTES - Trata-se de ação de reintegração de posse proposta por Anna Elisa Surerus em face de Francisco Carlos Fávero e Sérgio Roberto de Paula Cupolillo, na qual sustentou que é proprietária de um imóvel recebido em função de partilha de bens e que os réus ocuparam irregularmente área de seu galpão confrontante com a instalação de um refeitório para a malharia existente no local. Pugnou pela reintegração na posse do bem, além da condenação dos réus nos prejuízos materiais.

O MM. Juiz *a quo* (f. 220/222) julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, restituindo a posse do bem à autora, determinando a imediata demolição do refeitório construído na área esbulhada, recompondo-se a parede e as portas antes existentes. Condenou as partes a arcarem em igual proporção pelas despesas processuais e honorários advocatícios, que fixou em 10% do valor da causa.

Inconformada, apela Anna Elisa Surerus (f. 231/232), sustentando que os prejuízos decorrem do próprio esbulho sofrido, pois foi privada da sua posse, devendo os requeridos ser condenados à indenização a ser arbitrada em liquidação de sentença.

Igualmente irresignado, apela Francisco Carlos Fávero (f. 234/240), enfatizando que, em sua contestação, arguiu preliminares dentre elas de ilegitimidade passiva, pois apenas representou a filha, juntamente com sua esposa, ao adquirir a meação dos galpões. Frisou que a posse direta dos galpões sempre esteve nas mãos das empregadoras do apelante, sendo que não pode ser considerado possuidor, pois é mero funcionário da real possuidora, a Paraibuna Malhas Ltda.

Contrarrazões apresentadas pela autora às f. 242/244, pugnando pela manutenção da sentença hostilizada quanto ao que dela discorda o segundo apelante.

Inicialmente, cumpre registrar que o segundo apelante renovou a preliminar de ilegitimidade passiva arguida na contestação, enfatizando que tal questão deixou de ser apreciada em primeiro grau.

Como cediço, a legitimidade constitui matéria de ordem pública, podendo ser conhecida até mesmo de ofício e em qualquer grau de jurisdição, pois insere-se no rol das questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação.

Assim, em razão do conteúdo prejudicial, analiso primeiramente o segundo recurso.

Segunda apelação.

Inicialmente, registro que, embora o segundo apelante tenha arguido em separado a preliminar de ilegitimidade passiva, infere-se que no mérito recursal renova as mesmas alegações, portanto, ante a coincidência, analiso a questão no corpo do mérito recursal.

Afirma o segundo apelante que não possui legitimidade para figurar no polo passivo da presente ação.

Sem razão, contudo, o apelante.

Examinando os documentos coligidos aos autos, verifico que o segundo apelante figurou no contrato de compra e venda do imóvel em questão como representante de sua filha, Carolina Fravetti Mattta Fávero, menor absolutamente incapaz à época (f. 39/40).

Assim, conclui-se que a filha do segundo apelante é coproprietária do imóvel objeto da lide.

Infere-se, ainda, que em 2002 os galpões foram explorados pela empresa Pau Brasil Malhas e Confecções Ltda. e, posteriormente, passaram a ser ocupados pela empresa Paraibuna Malhas Ltda.

O segundo apelante informa que é apenas um funcionário da empresa que ocupa o imóvel, não tendo assim legitimidade passiva, ante o vínculo empregatício, não sendo ele o real praticante do esbulho.

Data maxima venia, constato da cópia da carteira de trabalho do segundo apelante que este foi diretor da Pau Brasil Malhas e Confecções Ltda., e é diretor da Paraibuna Malhas Ltda.

Ora, tal constatação somente vem a corroborar a tese dos apelados de que o segundo apelante é quem exerce a posse do bem, além do imóvel ser propriedade

de sua filha, atua como diretor da empresa que ocupa o imóvel.

Inexplicavelmente, o contrato social da empresa não veio aos autos, mas tudo indica que o segundo apelante é, na verdade, um dos sócios da empresa, que, na figura de diretor, efetuou seu próprio registro nos quadros de funcionários da pessoa jurídica.

Ademais, como cediço, a prática de esbulho não se dá somente pelo proprietário ou detentor do bem, mas por todo aquele que tenha exercido a perturbação da posse do real possuidor.

Ante o exposto, nega-se provimento ao segundo apelo.

Primeiro recurso.

No primeiro recurso, a autora visa à reforma da sentença no tocante à indenização por danos materiais requerida na exordial, em face dos supostos prejuízos ocasionados.

É entendimento pacificado na jurisprudência de nossos Tribunais que o dano material apenas pode ser indenizado mediante prova efetiva e inequívoca de sua ocorrência.

Logo, somente os danos diretos e efetivos, aferíveis por efeito imediato do ato ilícito, encontram suporte para ressarcimento, não sendo passíveis de indenização o dano hipotético, incerto ou eventual. Por essa razão, a prova do dano material é de fundamental importância.

Neste sentido:

> Ação de reintegração de posse. Comodato. Alegação de perdas e danos. Ausência de prova. Benfeitorias úteis e necessárias. Possuidor de boa-fé. Ressarcimento devido. - Ao prejudicado, cumpre provar o dano, não sendo bastante a demonstração de que o fato de que se queixa, na ação, seja suscetível de provocá-lo, já que o dano material hipotético não justifica a reparação. - O possuidor de boa-fé tem direito a indenização pelas benfeitorias construídas no imóvel, podendo exercer o direito de retenção da coisa (TJMG, 2.0000.00.427958-3/000(1), Rel. Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, j. em 03.09.2004).

> Manutenção de posse. Atos de defesa da posse. Pedido de reintegração formulado pelo réu. Perdas e danos. Prova. Não constitui turbação os atos praticados pelo possuidor na defesa da sua posse. - Nas ações possessórias, de caráter dúplice, pode o réu, na defesa, alegar ofensa da posse e postular a tutela possessória. - A reparação pelo dano material não prescinde de prova inequívoca do prejuízo (TJMG, 1.0079.05.188877-8/001(1), Rel. Des. Fábio Maia Viani, j. em 17.10.2008).

Embora a primeira apelante alegue ter tido prejuízos com a conduta dos réus, não há nos autos sequer um indício de prova nesse sentido, tendo a autora se descurado do ônus que lhe é imposto pelo art. 333, I, do CPC.

Ante a total inexistência de elementos que demonstrem a ocorrência de prejuízos materiais e que os quantifique, deve ser mantida a parte da sentença que julgou improcedente tal pedido.

Mediante tais considerações, nega-se provimento aos recursos, mantendo-se *in totum* a douta decisão de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Cada parte arcará com as custas de seu respectivo recurso, nos termos do art. 21 do CPC.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WAGNER WILSON e BATISTA DE ABREU.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

...

Serviço de telefonia - Contratação de linha - Não ocorrência - Inversão do ônus da prova - Verificação de dados - Negligência da empresa - Inclusão indevida no cadastro de inadimplentes - Dano moral caracterizado - Indenização devida

Ementa: Indenização por danos morais. Contratação de linha de telefonia. Negligência da empresa fornecedora. Facilitação de habilitação em nome de outrem. Prática nociva. Inclusão no cadastro negativador. Dano moral caracterizado. Fixação do *quantum* indenizatório.

- Se o autor questionou a habilitação da linha telefônica, negando a sua qualidade de usuário, cabia à empresa requerida buscar informações acerca da contratação, independentemente de aquele ter sido, ou não, favorecido pela inversão do ônus da prova, pois não se pode exigir a prova de fato negativo, por impossível.

- Evidencia conduta negligente a disponibilização de linha de telefonia móvel a terceira pessoa que fez uso de dados obtidos de forma escusa, ou sem autorização, fazendo-se passar por outrem, mormente porque compete à empresa fornecedora não só proceder ao rigoroso exame das informações ministradas, mas também checar os demais dados, tais como endereços, telefones, ficha cadastral e fontes seguras de informação. Na verdade, a facilitação de habilitação de linhas, em nome de terceiros, pelas empresas de telefonia, vai se tornando, a cada dia, uma prática comum, entretanto, inadmissível, explicando-se tal conduta, pela voracidade da obtenção de lucro fácil, com o mínimo de custo, ainda que em prejuízo de outrem.

- A concepção atual da doutrina e da jurisprudência, no caso de negativação injustificada, orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral se opera por força do simples fato da violação (*dano in re ipsa*). Assim, constatado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo se cogitar da prova do prejuízo.

- A reparação moral deve sempre ser fixada ao prudente arbítrio do juiz, de forma a atender criteriosamente à dupla finalidade do instituto, qual seja apenar o ofensor e propiciar ao ofendido meios de compensar os constrangimentos experimentados, sem que isso implique fonte de lucro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.09.315947-0/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Paggo Administradora de Crédito Ltda. - Apelado: Lierte Soares - 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 Tarcísio Martins Costa, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR REVISOR.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2011. - *Tarcísio Martins Costa* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - Estou rejeitando preliminar e negando provimento ao recurso.

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de f. 132/134, proferida pelo digno Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, que, nos autos da ação de indenização, por danos morais, manejada por Lierte Soares em face de Paggo Administradora de Crédito Ltda., julgou procedente o pedido, condenando a requerida ao pagamento de R$10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento), ao mês, a contar desde a citação e corrigido monetariamente de acordo com os índices divulgados pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, desde a publicação da decisão. Condenou, outrossim, o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

Irresignada, busca a ré/apelante a reforma do r. *decisum* (f. 136/152), sustentando, preliminarmente, a retificação do polo passivo da demanda, requerendo a inclusão de TNL PCS S.A. como parte passiva na presente.

No mérito, aduz que, a despeito de o apelado afirmar que jamais celebrou contrato de linha telefônica junto à apelante, não resta outra conclusão, senão a de que as partes foram vítimas de fraude, porquanto um terceiro contratou o serviço utilizando dados pertencentes ao apelado.

Ressalta que, no momento da contratação, foi verificada semelhança de assinaturas, além da apresentação dos documentos em nome do apelado, não havendo, dessa forma, motivos para desconfiança.

Afirma que deve ser imputada ao apelado a culpa exclusiva dos danos que diz ter suportado, porquanto cabia a ele a guarda e zelo de seus documentos, além do que inexistiu qualquer notícia de registro de perda ou furto dos mesmos, o que torna induvidoso seu consentimento na contratação da linha.

Assevera, ainda, que se trata de caso fortuito, porquanto estamos diante "do fato em que da Ré foi retirada a possibilidade de defesa", não podendo ser condenada, na medida em que o ocorrido foi alheio à sua vontade.

Registra que, diante do seu direito por caso fortuito e comprovada a culpa exclusiva de terceiro, não pode ser responsável por supostos danos, em face do princípio da causalidade.

Insiste em que agiu no exercício regular de seu direito ao proceder à negativação, por se encontrar em aberto um débito em nome do apelado.

Na eventualidade de assim não se entender, requer seja condenado, no máximo, em culpa concorrente, tendo em vista a negligência da parte autora para com seus documentos.

Ainda, em caráter alternativo, pugna pela redução do *quantum* indenizatório, por entender excessivo, a caracterizar enriquecimento sem causa.

Contrarrazões, em óbvia infirmação, pugnando pelo desprovimento do apelo (f. 156/158).

Presentes os requisitos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar - retificação do polo passivo.

Sustenta a apelante, preliminarmente, a retificação do polo passivo da demanda, requerendo a inclusão de TNL PCS S.A. como parte passiva na presente.

Data venia, sem qualquer parcela de razão.

Como bem ponderou o douto Magistrado, incumbe somente à apelante o dever de responder pelos danos suportados pelo apelado, porquanto, por tratar-se de relação consumerista, aplica-se à espécie o CDC, o qual dispõe, em seu art. 14, que

> o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços [...], *litteris*:
> 'Submete-se o caso as regras do direito consumerista, pelo qual, responde o banco-réu, objetivamente, como fornecedores de serviço, pelos danos causados ao consumidor (art. 14 do CDC), independentemente da perquirição da existência de sua culpa.'
> Assim, indefiro o pedido de denunciação da lide, incabível em matéria consumerista, e verifico que as partes são legitimas [...] (f. 132-v.).

Dessa forma, como acertadamente decidido pelo ilustre Juiz *a quo*, não há incluir outra parte no polo passivo, pelo que a Paggo Administradora de Crédito S.A. é a única responsável pela inscrição do nome do apelado no SPC, por ser a fornecedora do serviço ora discutido.

Com esse enfoque, rejeita-se a prefacial.

Mérito.

Revelam os autos que o autor/apelado ajuizou ação de indenização, em face de Paggo Administradora de Crédito S.A., objetivando se ver ressarcido pelo dano moral que diz haver suportado, por ter o seu nome indevidamente incluído no cadastro de proteção ao crédito - Serasa -, resultante de débito oriundo de contratação de linha telefônica da qual não é usuário.

A empresa, ora apelante, procura se justificar, alegando que, assim como o autor, foi vítima de estelionatários, que fizeram se passar por aquele, tendo agido no exercício regular de um direito reconhecido.

O digno Juiz singular julgou procedente o pedido, condenando a requerida ao pagamento da importância de R$10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais.

Ao exame do compêndio processual, verifica-se, de plano, que a empresa/apelante não logrou comprovar que a solicitação da linha telefônica fora requerida pelo autor, porquanto não acostou aos autos a gravação ou transcrição da conversa entre ele e a empresa, solicitando o serviço, o que se mostra indispensável ao correto desate da lide. Os documentos de f. 63/84, por si sós, não demonstram que o serviço fora contratado pelo recorrido, tratando-se de meras cópias reprográficas de consultas obtidas via internet, sem assinatura das partes.

De mais a mais, a própria apelante reconhece que foi vítima de um terceiro, que se fez passar pelo apelado.

A meu aviso, a responsabilidade da empresa de telefonia emerge induvidosa, restando patente ter havido negligência de sua parte, ao se omitir em obter informações, ao fito de verificar os dados, tais como endereços, telefones, ficha cadastral e fontes seguras de informação, tudo indicando haver descurado de seu dever de diligência, no sentido de checar se eram ou não verdadeiras, providências que poderiam ter evitado os transtornos causados.

Ora, se o autor negou a contratação da linha telefônica, cabia à apelante buscar informações acerca da titularidade da referida linha, independentemente da inversão do ônus da prova, pois, em regra, incumbe ao réu o ônus de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, segundo os ditames do art. 333, II, do CPC.

De qualquer sorte, não há como o autor comprovar que não solicitou o serviço de linha telefônica, por se tratar de prova de fato negativo, portanto, impossível.

Em suma, tem-se que toda a fundamentação da apelante se assenta na alegação de que fora vítima de estelionato, pelo que não poderia, dessa forma, ser responsabilizada pelo dano moral, por ter agido no exercício regular de um direito seu.

Ora, ainda que se admita tal fato como verdadeiro, tal habilitação não poderia ocorrer, sem a prévia e a expressa autorização do autor, titular da linha de telefonia móvel, regularmente cadastrada.

Na verdade, a facilitação de habilitação de linhas, pelas empresas de telefonia, em nome de terceiros, vai se tornando, a cada dia, uma prática comum - entretanto, inadmissível -, explicando-se tal conduta pela voracidade da obtenção de lucro fácil, com o mínimo de custo, ainda que em prejuízo de outrem.

Sendo assim, tivesse a recorrente o mínimo de cuidado e diligência (do latim *diligere*, antônimo de *negligere*), como era de seu dever, por certo, teria evitado o prejuízo causado ao apelado, quer por não ter comprovado os dados daquele que solicitou o serviço em nome de terceiro, quer por não diligenciar uma singela consulta ao interessado, antes de promover a habilitação de uma linha de telefonia móvel por ele não solicitada, com o lançamento de valores em sua conta de telefone móvel, a sua inteira revelia.

Frise-se, ainda, que o dano moral puro prescinde de prova, advindo, no caso, do simples fato da violação representada pela inscrição arbitrária no rol negativador.

No tema, valiosas as considerações Sérgio Cavalieri Filho:

> Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais. (*Programa de responsabilidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.79.)

E, mais adiante, prossegue:

> [...] o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de presunção natural, uma presunção *homini* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum (ob. cit., p. 80).

Rui Stoco, por sua vez, ao versar o tema, dilucida:

> Como o dano moral é, em verdade, um não dano, não haveria como provar, quantificando o alcance desse dano, como ressuma óbvio. Sob esse aspecto, porque o gravame no plano moral não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não se pode falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material (*Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.138).

Na mesma vertente, o entendimento cristalizado do colendo Superior Tribunal de Justiça, a exemplo dos arestos abaixo transcritos, como tantos outros:

> Na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto. Recurso especial conhecido e provido. (REsp nº 331.517/GO - Relator: Ministro César Asfor Rocha.)

> Agravo regimental. Dano moral. Cadastro do Serasa. Improcedência de ação consignatória. Fato novo superveniente. Art. 462 do CPC. - I - A hipótese é de ilícito puro (dano moral), desnecessária qualquer prova de prejuízo, suficiente apenas a demonstração de inscrição irregular em cadastro de devedores. [...]. (AGA nº 175023/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* de 7.12.1998, p. 00083.)

E ainda:

> 'Caracterizada a conduta indevida do banco em anotar o nome do recorrido junto ao SPC, cabível é a indenização por dano moral', suficiente 'a demonstração da existência da inscrição irregular' (AgRgAg nº 244.572/SP, da minha relatoria, *DJ* de 17.12.99; REsp nº 165.727/DF, Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 21.8.98).

Portanto, a concepção atual da doutrina e da jurisprudência orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral se opera por força do simples fato da violação (dano *in re ipsa*). Assim, verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo se cogitar da prova do prejuízo.

No caso em análise, a inscrição indevida do nome do autor/apelado nos registros de proteção ao crédito (f. 14/16), por si só, já é suficiente a ensejar dano moral indenizável, consubstanciado nos transtornos suportados, sobretudo em se tratando de pessoa que zela pela preservação pela sua honra e bom nome. Presentes os demais elementos essenciais à etiologia da responsabilidade civil, quais sejam a conduta arbitrária da apelante, que requereu a referida inscrição, e o nexo causal entre esta e aquele, emerge induvidoso o dever ressarcitório.

Assentada a responsabilidade da apelante pela afetação/violação do patrimônio imaterial da apelante, passamos ao exame do *quantum* indenizatório, já que contra ele se insurge a apelante, requerendo sua redução.

Nesse particular, como cediço, a indenização por dano moral significa apenas uma forma de compensação pecuniária, nunca de reposição valorativa de uma perda, devendo ser arbitrada ao prudencial critério do julgador, sempre com moderação, levando-se em consideração o grau de culpa ou a intensidade do dolo, a extensão das lesões, as condições sociais da vítima e do ofensor, a capacidade econômico-financeira do responsável pela indenização, de tal sorte que não seja estabelecida em valor simbólico, não atingindo os fins almejados, tornando inócuo e vazio o instituto, lado outro, não pode ser tão elevado a ponto de constituir fonte de lucro indevido.

O magistrado deve, assim, utilizar o bom senso e a moderação, calcado nos aspectos factuais de cada caso posto à sua apreciação, servindo a indenização como forma de satisfação íntima da vítima em ver o seu direito reconhecido e, ao mesmo tempo, como uma resposta ao ilícito praticado, funcionando como um desestímulo a novas condutas do mesmo gênero (teoria do desestímulo).

De acordo com tais critérios, mormente a condição econômica do ofensor, entendo que a quantia arbitrada de R$ 10.000,00 (dez mil reais) compensa, *quantum satis*, os dissabores enfrentados pelo apelado, pelo que a r. sentença atacada merece confirmação.

Com essas considerações, rejeita-se preliminar e nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume o r. *decisum* de primeiro grau, por seus e por estes fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Também estou rejeitando a preliminar.

Ao tempo da revisão, constatei que não há qualquer notícia de desaparecimento de documentos do apelado, como também qualquer comunicação de natureza policial.

Lado outro, a simples juntada de cópias de informações sobre o cliente, no banco de dados, não é suficiente para afirmar se efetivamente houve contratação. Sopesada a prova, estou convencido de que a quantia de R$3.000,00 (três mil reais) é suficiente para reparar os noticiados danos morais. Rogando, por isso, vênia ao eminente Desembargador Relator para dele me distanciar parcialmente.

DES. GENEROSO FILHO - Entendo que o valor de R$3.000,00 (três mil reais) é pouco e estou com o Des. Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O DESEMBARGADOR REVISOR.

...

Ação de cobrança - Tratamento hospitalar - Estado de perigo - Não comprovação - Art. 156 do Código Civil

Ementa: Apelação cível. Ação de cobrança. Tratamento hospitalar. Estado de perigo. Inteligência do art. 156 do Código Civil. Não comprovação.

- Para se declarar a nulidade do negócio jurídico, em decorrência do estado de perigo, nos termos do art. 156 do Código Civil, faz-se mister a observância dos seguintes requisitos: a) necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família; b) atualidade do dano (iminência); c) obrigação assumida deve ser excessivamente onerosa; d) conhecimento do perigo pela outra parte.

- Compete àquele que alega ter assumido obrigação sob estado de perigo provar que contratou fora dos padrões da razoabilidade, à luz da norma inscrita no art. 333, II, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.09.324941-2/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Alda Maria Pereira da Silva - Apelado: Hospital São Lucas Governador Valadares Ltda. - 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, 24 de fevereiro de 2011. - *Cláudia Maia* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Alda Maria Pereira da Silva contra sentença proferida pelo Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, Dr. José Arnóbio Amariz de Souza, através da qual, nos autos da ação de cobrança ajuizada por Hospital São Lucas Governador Valadares Ltda., foi julgado procedente o pedido inicial para condenar a ré ao pagamento de R$24.868,03 (vinte e quatro mil oitocentos e sessenta e oito reais e três centavos).

Nas razões recursais de f. 55/58, a apelante aduz, em síntese, que, diante da gravidade do quadro clínico apresentado por seu marido e da inaptidão do Hospital Municipal de Governador Valadares, a recorrente se viu obrigada a interná-lo nas dependências do ora apelado e a entabular contrato excessivamente oneroso, que por conseguinte padece de vício na manifestação de vontade, visto que firmado sob estado de perigo. Pugna pelo provimento do recurso.

O apelado apresenta contrarrazões recursais às f. 60/62, pugnando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de apelação interposta contra sentença, através da qual a recorrente foi condenada ao pagamento da quantia de R$24.868,03 (vinte e quatro mil oitocentos e sessenta e oito reais e três centavos), referentes a tratamento médico hospitalar prestado a seu marido.

Permissa venia, a irresignação recursal não merece prosperar.

Como cediço, o estado de perigo é uma das hipóteses de defeito no negócio jurídico e está previsto no art. 156 do Código Civil, que se transcreve abaixo:

> Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.
> Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

Da leitura do dispositivo legal depreende-se que, para se declarar a nulidade do negócio jurídico, em decorrência do estado de perigo, faz-se mister a observância dos seguintes requisitos: a) necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família; b) atualidade do dano (iminência); c) obrigação assumida deve ser excessivamente onerosa; d) conhecimento do perigo pela outra parte.

Conforme observam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,

> o estado de perigo ocorre no momento em que se declara a vontade, assumindo obrigação excessivamente onerosa, por conta de necessidade de salvar a si ou a alguém a quem se liga por vínculo afetivo. O agente somente assume a obrigação por conta do perigo atual ou iminente, que atua como verdadeiro fator de desequilíbrio, não aniquilando a vontade por completo, mas, verdadeiramente, limitando a liberdade de manifestação. (*Direito civil - teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, p. 483.)

No caso em exame, é certo que a recorrente contratou com o hospital, premida pelo intuito de salvar a vida de seu marido e de evitar a ocorrência de iminente dano. Evidente, ainda, que o nosocômio tinha conhecimento da gravidade do estado de saúde apresentado pelo paciente.

Todavia, não há elementos nos autos capazes de demonstrar que a obrigação assumida seja excessivamente onerosa e tampouco que o hospital se aproveitou do estado de aflição da apelante para obter vantagem exagerada.

Ora, compete àquele que alega ter assumido obrigação sob estado de perigo provar que contratou fora dos padrões da razoabilidade, à luz da norma inscrita no art. 333, II, do CPC.

Sobre o tema confira o recente julgado do Tribunal Superior:

> Civil e processual civil. [...] Segurado e familiares que são levados a assinar aditivo contratual durante o ato cirúrgico. Estado de perigo. Configuração. - É excessivamente oneroso o negócio que exige do aderente maior valor por aquilo que já lhe é devido de direito. Dano moral configurado. - O estado de perigo é tratado pelo Código Civil de 2002 como defeito do negócio jurídico, um verdadeiro vício do consentimento, que tem como pressupostos: (I) a 'necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família'; (II) o dolo de aproveitamento da outra parte ('grave dano conhecido pela outra parte'); e (III) assunção de 'obrigação excessivamente onerosa'. [...] - O segurado e seus familiares que são levados a assinar aditivo contratual durante procedimento cirúrgico para que possam gozar de cobertura securitária ampliada precisam demonstrar a ocorrência de onerosidade excessiva para que possam anular o negócio jurídico. - A onerosidade configura-se se o segurado foi levado a pagar valor excessivamente superior ao preço de mercado para apólice equivalente, se o prêmio é demasiado face às suas possibilidade econômicas, ou se sua apólice anterior já o assegurava contra o risco, e a assinatura de novo contrato era desnecessária. [...] - Impõem-se condições negociais excessivamente onerosas quando o aderente é levado a pagar maior valor por cobertura securitária da qual já gozava, revelando-se desnecessária a assinatura de aditivo contratual. [...] Recurso Especial provido. (REsp 918392/RN, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11.03.2008, *DJe* de 01.04.2008.)

A jurisprudência desta egrégia Corte é pacífica no sentido de que o defeito no negócio jurídico, apto a acarretar a sua anulação, deve ser efetivamente demonstrado, senão vejamos:

> Ementa: Apelação cível. Ação monitória para cobrança de cheque prescrito emitido para pagamento de despesas em hospital particular. Alegação de negócio inválido em embargos à monitória. Alegação de contratação excessiva devido ao estado de perigo. Inocorrência. [...] 2 - Para que fosse acolhida a alegação de assunção de despesa excessiva em face da urgência do tratamento deveria ter sido comprovado que os valores exigidos pelo hospital particular estão acima dos que são praticados por hospitais particulares similares na região. 3 - O fato de inexistir tratamento especializado em hospital público não é suficiente para afastar a obrigação do paciente ou seu responsável pelo pagamento das despesas em hospital particular, não se constituindo este fato, por si só, em onerosidade excessiva assumida em estado de perigo. (Número do processo: 1.0517.07.-002914-8/001. Relator: Pedro Bernardes. Data do julgamento: 04.11.2008. Data da publicação: 24.11.2008.)

> Ementa: Civil e processual civil. Apelação. Ação de cobrança. Internação de urgência em hospital da rede particular. Estado de perigo. Inteligência do art. 156 do Código Civil de 2002. Prova. Ausência. Manutenção da sentença. Recurso não provido. - O estado de perigo constitui vício que anula negócio jurídico, previsto no art. 156 do Código Civil de 2002. Se a parte alega estado de perigo ao assinar termo de responsabilidade para internação de paciente em unidade hospitalar da rede particular, acarreta para si o ônus de provar que as despesas cobradas são excessivas e que houve abuso por parte do contratado que aproveitou do estado de aflição para obter vantagem exagerada. [...]. (Número do processo: 1.0324.05.033301-6/001. Relator: Márcia De Paoli Balbino. Data do julgamento: 06.12.2007. Data da publicação: 10.01.2008.)

Com relação aos valores cobrados, embora a quantia histórica de R$38.760,13 (trinta e oito mil setecentos e sessenta reais e treze centavos) possa parecer elevada, os gastos realizados foram discriminados no relatório juntado às f. 09/16. Pelo que se vê de tal documentação, no atendimento foram incluídas 7 (sete) diárias de CTI, 3 (três) diárias de apartamento *standard*, honorários médicos, utilização de equipamentos especiais, medicamentos, materiais cirúrgicos, dentre outras.

Ao que tudo indica, o apelado apenas cobrou pelos serviços prestados e material utilizado, razão pela qual a obrigação não pode ser considerada como excessivamente onerosa, conforme exige o art. 156 do Código Civil, notadamente frente à ausência de provas nesse sentido.

A ineficiência da rede pública de serviço de saúde, embora notória, não pode servir de abono ao pagamento das despesas pelo tratamento médico realizado por nosocômio particular. A precariedade do serviço público não dá azo para que o hospital deixe de auferir pelo tratamento que prestou ao paciente.

In casu, ainda que inexistissem vagas nos hospitais públicos da região, não é possível impor ao apelado que arque com os ônus do atendimento hospitalar fornecido. Noutro norte, nada impede que a apelante acione o ente público responsável pelas despesas que tiveram que despender em razão da ausência de vaga em UTI nos hospitais públicos da região.

Sobre o tema, confira os julgados desta Corte:

> Ementa: Apelação cível. Ação monitória para cobrança de cheque prescrito, emitido para pagamento de despesas em hospital particular. Alegação de negócio inválido em embargos à monitória. Alegação de contratação excessiva devido ao estado de perigo. Inocorrência. 1 - Apurando-se dos autos que a transferência do paciente para hospital particular ocorreu com anuência do responsável legal para tratamento especializado e adequado à gravidade da situação, não é possível afastar a contraprestação pecuniária a que faz jus o nosocômio. 2 - Para que fosse acolhida a alegação de assunção de despesa excessiva em face da urgência do tratamento deveria ter sido comprovado que os valores exigidos pelo hospital particular estão acima dos que são praticados por hospitais particulares similares na região. 3 - O fato de inexistir tratamento especializado em hospital público não é suficiente para afastar a obrigação do paciente ou seu responsável pelo pagamento das despesas em hospital particular, não constituindo este fato, por si só, em onerosidade excessiva assumida em estado de perigo. (Número do processo: 1.0517.07.002914-8/001. Relator: Pedro Bernardes. Data do julgamento: 04.11.2008. Data da publicação: 24.11.2008.)

Ementa: Ação de cobrança. Prestação de serviços médicos. Hospital particular. Defeitos no negócio jurídico. Estado de perigo. Lesão. Inocorrência. - O defeito no negócio jurídico, apto a acarretar a sua anulação, deve ser efetivamente demonstrado, sob pena de ruírem a segurança e a estabilidade nas relações negociais. Legítima a cobrança de débito derivado de prestação de serviços médicos e hospitalares, feita por nosocômio da rede privada, não credenciado com o SUS. A assistência médica gratuita é incumbência somente do Estado, e não de entidades particulares. Recurso provido. Súmula: deram provimento. (Número do processo: 1.0702.06.304349-2/001. Relator: Roberto Borges de Oliveira. Data do julgamento: 12.02.2008. Data da publicação: 08.03.2008.)

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, nego provimento ao recurso. Custas recursais, pela apelante, suspensas nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES NICOLAU MASSELLI e ALBERTO HENRIQUE.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Locação - Fiador - Cônjuge-varão - Morte - Garantia fidejussória finda - Inadimplemento de obrigações *a posteriori* - Responsabilidade do cônjuge sobrevivente - Subsistência até a devolução das chaves - Cláusula expressa no contrato

Ementa: Locação. Fiança prestada pelo casal. Exoneração da esposa por morte do marido. Inadmisssibilidade.

- Sendo a garantia fidejussória prestada pelo casal, de forma solidária, a morte do cônjuge- varão não tem o condão de desonerar o cônjuge-virago, sobrevivente, das obrigações decorrentes da fiança.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.392982-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ceci Maria Campos da Costa - Apelado: Atayde Mariano dos Reis - Litisconsortes: Eva Aparecida da Silva, Marcelo Borjulol Kelly Pereira, Myrian Elizabeth da Costa Matos, Liliam Magda Campos Costa, Gilson Honório Campos Costa - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 22 de março de 2011. - *José Antônio Braga* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Ceci Maria Campos da Costa, nos autos da ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança, movida por Atayde Mariano dos Reis, perante o Juízo da 1ª Vara Cível da Capital, tendo em vista o seu inconformismo com a sentença proferida às f. 133/142, que:

1. rejeitou preliminar de intempestividade das contestações;

2. julgou parcialmente procedente a pretensão autoral para:

2.1 decretar o despejo de Marcelo Borjulol Kelly Pereira, no prazo de 15 dias, sob pena de desalijamento compulsório;

2.2 condenar os réus Marcelo Borjulol Kelly Pereira, Ceci Maria Campos da Costa e Eva Aparecida da Silva a pagarem os valores dos aluguéis, no importe de R$688,49 mensais, e as parcelas do IPTU, vencidos a partir de 10.06.2006 até a data da efetiva desocupação do imóvel, incidindo sobre as parcelas dos aluguéis multa de 10%, com correção monetária a contar do vencimento de cada uma delas e juros moratórios de 1% ao mês, desde a citação;

3. julgou improcedente o pleito de cobrança formulado contra os réus Myriam Elizabeth da Costa Matos, Gilson Honório Campos e Liliam Campos da Costa;

4. condenou o autor a pagar 1/3 das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor atribuído à causa, sendo esta verba destinada aos procuradores dos requeridos - Myriam Elizabeth da Costa Matos, Gilson Honório Campos e Liliam Campos da Costa;

5. condenou os réus - Marcelo Borjulol Kelly Pereira, Ceci Maria Campos da Costa e Eva Aparecida da Silva - ao pagamento de 2/3 das custas processuais e dos honorários de advogado no montante arbitrado, destinados ao procurador do autor.

Embargos de declaração opostos, às f. 137/139, acolhidos, às f. 141/142 para incluir "na parte dispositiva da sentença que os aluguéis vencidos a partir de 10.06.2007 deverão ser reajustados, segundo o índice acima referido, anualmente".

Em suas razões recursais, às f. 151/158, elabora a parte apelante, inicialmente, breve resumo do processo.

No mérito, sustenta, em síntese, que não responde pela dívida decorrente da relação locatícia na condição

de fiadora, tal como reconhecido pelo Julgador de primeiro grau.

Argumenta, para tanto, que a constituição da obrigação ocorreu depois da morte de seu marido - Honório Luiz da Costa -, extinguindo-se a garantia fidejussória a partir de então, nos termos do art. 836 do Código Civil.

Assevera que durante o tempo de vida do fiador inexistia qualquer débito ou inadimplemento das obrigações pactuadas.

Alega, ainda, que nunca foi fiadora, figurando no contrato apenas como esposa do fiador, por exigência legal, consoante prevê o art. 235, III, da Lei Civil, não podendo, por isso, ser responsabilizada pelo descumprimento dos encargos advindos da relação locatícia.

Preparo regular, à f. 159.

Contrarrazões apresentadas pelo autor, às f. 161/164, pugnando, em suma, pelo desprovimento do apelo.

Autos baixados em diligência, à f. 170, não tendo os litisconsortes contra-arrazoado a apelação, com se infere da certidão exarada, à f. 174-v.

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Ausentes preliminares, ao mérito recursal.

Cinge-se a controvérsia posta a aferir se a apelante responde pelo descumprimento das obrigações decorrentes de relação locatícia, na condição de fiadora.

Pois bem.

Compulsando-se os autos, em especial o contrato de locação acostado, às f. 12/16, verifica-se que a recorrente figurou como fiadora na condição de esposa do fiador - Honório Luiz da Costa Filho -, consoante se depreende do disposto em sua cláusula décima primeira.

É incontroverso que o indigitado fiador faleceu em 25.02.2002 (f. 112), antes, portanto, do inadimplemento das obrigações, constituindo-se a dívida cobrada a partir de outubro de 2006.

É indiscutível que a morte do fiador põe fim à garantia fidejussória por ele prestada, restando-nos delimitar se a responsabilidade da sua esposa se estende somente até a data do óbito.

Muito embora o colendo Superior Tribunal de Justiça já se tenha manifestado no sentido de limitação da responsabilidade até a morte do fiador, o seu entendimento mais atual é o de inexistência daquela limitação:

> Agravo regimental em recurso especial. Locação. Fiança prestada pelo casal. Morte do cônjuge- varão. Subsistência da garantia em relação ao cônjuge sobrevivente. Matéria cujo exame não exige o revolvimento de fatos e provas. Inaplicabilidade da Súmula 7/STJ. Alegada ofensa ao art. 1.501 do Código Civil de 1916. Inexistência. Responsabilidade da fiadora até a devolução do imóvel. Precedentes. [...]
> 2. No tocante à infringência ao art. 1.501 do Código Civil pretérito, uma vez que a garantia, na hipótese vertente, foi prestada pelo casal, o óbito do cônjuge-varão, no caso, não extinguiu a fiança, persistindo seus efeitos em relação à agravante.
> Não há falar, portanto, na aplicação ao caso do referido dispositivo legal, tampouco em sua violação. [...] (STJ - Sexta Turma - AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 752856/RJ - Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura - Data do julgamento: 10.06.2008 - Data da publicação/fonte: *DJe* de 23.06.2008.)

> Locação. Fiança. Ilegitimidade passiva. Prorrogação. Inexistência de prequestionamento. Garantia prestada pelo casal. Exoneração da esposa por morte do marido. Inadmissibilidade. [...] 2. Tendo a recorrente se obrigado de forma solidária, como garante dos valores relativos à avença então firmada, não há que se falar em mera outorga uxória, devendo responder pelos aluguéis e demais obrigações contratuais não honrados pelo locatário. [...] (STJ - Sexta Turma - REsp 690401/MS - Relator: Ministro Paulo Gallotti - Data do julgamento: 3.05.2007 - Data da publicação/fonte: *DJ* de 21.05.2007 - p. 623.)

Superado este ponto, no tocante à fiança propriamente dita, a questão, antes conflitante, pacificou-se no colendo Tribunal Superior, que passou a entender que os fiadores permanecem como garantidores das obrigações decorrentes da locação, após a prorrogação do contrato, se esta possibilidade se encontra expressamente prevista e dela não se desobrigaram, na forma da lei.

A propósito, os seguintes arestos daquela Corte:

> Agravo regimental nos embargos de divergência. Locação. Prorrogação legal do contrato. Cláusula de garantia até a efetiva entrega das chaves. Responsabilidade do fiador. Súmula 214/STJ. Inaplicabilidade. Agravo regimental desprovido.
> 1. O entendimento consolidado pela Terceira Seção desta Corte, quando do julgamento do EREsp 566633/CE, de Relatoria do Min. Paulo Medina, *DJe* 12.03.2008, reafirmado no EREsp 569025/TO, de Relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJU* 06.12.2007, é de que, havendo no contrato locatício cláusula expressa de responsabilidade do garante até a entrega das chaves, o fiador responde pela prorrogação do contrato, a menos que tenha se exonerado na forma do art. 1.500 do Código Civil de 1916 ou do art. 835 do Código Civil vigente, a depender da época da avença.
> 2. Agravo regimental desprovido. (STJ - Terceira Seção - AgRg na Pet 6387/RJ - Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho - Data do julgamento: 28.04.2010 - Data da publicação/fonte: *DJe* de 14.05.2010.)

> Direito civil. Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Locação. Prorrogação da locação por prazo indeterminado. Cláusula prevendo a responsabilidade dos fiadores até a efetiva devolução das chaves do imóvel locado. Fiança. Prorrogação. Precedente do STJ. Agravo improvido.
> 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão no sentido de que, 'havendo cláusula expressa no contrato de locação, no sentido de que a responsabilidade dos fiadores perdura até a efetiva entrega das chaves, não há que se falar em exoneração da garantia, ainda que haja prorrogação por prazo indeterminado' (EREsp 612.752/RJ - Rel. Min. Jane Silva - Des. Conv. do TJMG - *DJe* 26.5.08).

2. A existência de cláusula contratual prevendo que a prorrogação do contrato locatício somente poderia se dar por escrito não afasta o comando legal inserto no art. 46, § 1º, da Lei 8.245/91, que prevê a possibilidade de prorrogação automática do contrato de locação, por prazo indeterminado.
3. Agravo regimental improvido. (STJ - Quinta Turma - AgRg no REsp 1025059/SP - Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima - Data do julgamento: 2.03.2010 - Data da publicação/fonte: *DJe* de 29.03.2010.)

No mesmo sentido, os recentes julgados deste Tribunal, incluindo-se desta Câmara:

> Apelação cível. Ação de despejo e cobrança de aluguéis. Preliminar de nulidade da citação. Rejeição. Teoria da aparência. Revelia. Inteligência do art. 319 do CPC. Fiadores. Responsabilidade. Garantia estendida até a entrega das chaves. Recurso desprovido. [...] Segundo a hodierna jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, desde que o fiador assuma o compromisso de garantir o adimplemento das obrigações assumidas pelo locatário, até a entrega das chaves do imóvel, a mera prorrogação do contrato de locação por prazo indeterminado não encerra a garantia prestada. (TJMG - Décima Sétima Câmara Cível - Apelação nº 1.0024.07.803886-6/003 - Relator: Desembargador Eduardo Mariné da Cunha - Data do julgamento: 5.08.2010 - Data da publicação: 24.08.2010.)

> Apelação cível. Contrato de locação. Fiança. Obrigação que pode se prorrogar, se o contrato se indetermina no tempo e se há cláusula expressa. Orientação dominante nos tribunais. - Conforme jurisprudência firmada pelo colendo STJ na egrégia Terceira Seção, no julgamento do EREsp 566.633/CE, havendo cláusula expressa no contrato de locação, no sentido de que a responsabilidade dos fiadores perdura até a efetiva entrega das chaves, não há que se falar em exoneração da garantia, ainda que haja prorrogação por prazo indeterminado. (TJMG - Décima Segunda Câmara Cível - Apelação nº 1.0024.08.286345-7/001, Relator: Desembargador Domingos Coelho, data do julgamento: 25.08.2010, data da publicação: 16.09.2010.)

> Ação de despejo. Fiadores. Responsabilidade até a entrega das chaves. Conclusão do julgado proferido no Superior Tribunal de Justiça. Valores devidos até a entrega das chaves. - Restou definido pelo STJ que, uma vez restando pactuado que o fiador se obriga a manter a respectiva fiança até a data da entrega das chaves do imóvel locado, ainda que ocorra prorrogação automática da locação, a responsabilidade originariamente assumida pelo mesmo o acompanhará pelo período prorrogado. (TJMG - Nona Câmara Cível - Apelação nº 1.0024.04.303049-3/001 - Relator: Desembargador Osmando Almeida - Data do julgamento: 13.04.2010 - Data da publicação: 26.04.2010.)

> Apelação cível. Embargos à execução. Locação. Responsabilidade do fiador. Contrato prorrogado por prazo indeterminado. - Inexistente qualquer vício de consentimento e licitamente pactuada a responsabilidade dos fiadores até a efetiva entrega das chaves, deve ser mantida a mencionada garantia locatícia tal como avençada, sob pena de violação ao princípio da autonomia das partes e da obrigatoriedade dos contratos. (TJMG - Nona Câmara Cível - Apelação nº 1.0024.06.100976-7/001 - Relator: Desembargador Pedro Bernardes - Data do julgamento: 02.02.2010 - Data da publicação: 01.03.2010.)

Respondem, portanto, os fiadores pelos aluguéis e demais encargos locatícios vencidos depois de decorrido o prazo contratual, tacitamente prorrogado, desde que exista expressa previsão contratual.

In casu, verifica-se que o contrato em discussão prevê, expressamente, em sua cláusula décima primeira, *verbis*:

> Como garantia das obrigações aqui assumidas o(s) locatário(s) oferece(m), como fiador(es) e principal(ais) pagador(es) [...] que se responsabiliza(m) pelo fiel cumprimento de todas as cláusulas, até a definitiva devolução das chaves, mesmo que haja findado o presente contrato e o mesmo, ou a locação, tenha sido prorrogada [...] (f. 16).

Assim, patente o dever dos fiadores de cumprirem todas as obrigações advindas do contrato de locação no qual figuraram como garantidores, até a efetiva entrega das chaves, pois, além da expressa pactuação, eles não demonstraram que dela tenham se desobrigado, na forma prevista em lei.

Isso posto, nega-se provimento ao apelo, mantendo-se inalterada a sentença.

Custas recursais, pela parte apelante.

Para os fins do art. 506, III, do CPC, a síntese do presente julgamento é:

1. Negaram provimento à apelação, mantendo a sentença em seus exatos termos.

2. Custas recursais, pela parte apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GENEROSO FILHO e OSMANDO ALMEIDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Doação verbal - Imóvel - Suposta doadora falecida - Ausência de capacidade - Escritura pública - Exigência legal - Art. 541 do Código Civil - Inteligência - Suprimento judicial - Impossibilidade

Ementa: Ação de suprimento judicial de consentimento. Doação de imóvel. Suposta doadora falecida. Incapacidade de uma das partes. Forma legal prevista em lei. Art. 541 CC. Necessidade de escritura pública.

- Doação verbal de imóvel não produz efeito jurídico.

- A doação somente ocorre quando se dá de maneira efetiva a transferência do patrimônio, que tem que ser, portanto, concreta, real.

- A doação é contrato formal. Por isto, é indispensável a forma escrita, sendo exigida a escritura pública.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.08.491031-7/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Nilza da Silva Oliveira - Apelado: Ruth Astrea Diaz de Moraes Espólio de, representado pela Inventariante Yonne Humberto Saldanha de Moraes - Relatora: DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de fevereiro de 2011. - *Vanessa Verdolim Hudson Andrade* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE - Trata-se de recurso de apelação proposto às f. 356/369 por Nilza da Silva Oliveira, nos autos da ação de Suprimento Judicial de Consentimento movida em face do espólio de Ruth Astrea Diaz de Moraes, visando à reforma da sentença de f. 350/355, que julgou improcedente a pretensão inicial que visava reconhecer uma suposta doação, baseando-se apenas nas declarações de vontade da falecida e antiga proprietária do imóvel em questão.

Em suas razões recursais, alega a apelante que restou comprovado nos autos que a suposta doadora tinha a intenção de doar 25% (vinte e cinco por cento) de seu imóvel para ela. Ressalta que juntou carga probatória suficiente para o convencimento do órgão julgador, destacando especialmente o preenchimento e comprovante do recolhimento de ITCD (f. 41/44), além da declaração da Tabeliã do Cartório de Registro Civil e Notas do Distrito de Torreões, que afirmou à f. 46 que D. Ruth, suposta doadora, estava se movimentando para concretizar a doação, sendo este procedimento interrompido pelo seu falecimento. Mediante tais alegações, foi requerida a modificação da sentença, fazendo valer a vontade da suposta doadora, reconhecendo-se o direito da apelante a 25 % (vinte e cinco por cento) do imóvel pleiteado, condenando ainda o apelado nos ônus da sucumbência.

Em contrarrazões, à f. 371/383, alega o apelado, em síntese, que não prosperam as razões de mérito levantadas. Aduz que o formulário de ITCD juntado aos autos se refere a um momento muito próximo do falecimento da suposta doadora, e que, dessa forma, ela não teria condições de expressar qualquer desejo de doação. Afirma que as provas produzidas são inócuas e insuficientes para comprovar o ânimo da suposta doadora de transferir parte de seu imóvel para a apelante a título de doação. Além do que, mesmo que essa fosse a sua vontade, em nada se alteraria o julgamento da lide, pelo fato de o ordenamento jurídico brasileiro não admitir a doação verbal. Afirma ser a doação de imóveis um contrato formal, sendo exigida a escritura pública para a sua concretização. Requer seja mantida a sentença.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Alega a apelante ter demonstrado nos autos a intenção da falecida D. Ruth Astrea de Moraes de doar-lhe parte de seu imóvel, fato que não ocorreu devido ao seu falecimento. Requer, dessa forma, que seja consentido ao Cartório de Registro Civil e Notas de Torreões a efetivar de fato e de direito a doação.

Por sua vez, alega o apelado não ser possível dar provimento à apelação, uma vez que em nenhum momento restou comprovada de fato a vontade da falecida em doar parte de seu patrimônio à apelante. Afirma que se faz necessária a lavratura da escritura pública para a concretização do contrato de doação.

Sabe-se que, para que seja válida a doação, será necessário o preenchimento de alguns requisitos especiais. Entre eles, destacam-se o requisito subjetivo, isto é, a capacidade ativa e passiva dos contratantes, e o requisito formal, visto ser a doação um contrato solene, pois lhe é imposta uma forma que deverá ser observada, sob pena de não valer o contrato. Analisando-se o caso em comento, revela-se necessária a abordagem desses dois requisitos para uma justa solução.

Observa-se que ao longo do processo o apelado pugnou diversas vezes pela produção de prova pericial, visando demonstrar a incapacidade da falecida em expressar qualquer intenção de doar parte de seu patrimônio para a apelante na data dos documentos probatórios juntados, pelo fato de ter estado de saúde já bastante deficiente. Verifica-se que, apesar do indeferimento desse pedido, restou comprovado nos autos que a suposta doadora não tinha qualquer condição de expressar sua real vontade.

Pois bem, verifica-se que a suposta doadora faleceu no dia 25.07.2008 (f. 29), e que o formulário do ITCD foi protocolado no dia 17.07.2008 (f. 41/45), ou seja, 8 dias antes da morte daquela. Mediante análise dos documentos de f. 122-v, que se refere à descrição do

estado de saúde da suposta doadora, e do depoimento da testemunha à f. 323/325, médico que interpretou os laudos juntados, é possível concluir que a suposta doadora não tinha capacidade de firmar qualquer tipo de contrato, em virtude de seu estado físico debilitado. O médico afirmou que "a senhora Ruth estava debilitada a ponto de não conseguir abrir a porta ou atender ao telefone" (f. 324). Dessa forma observa-se que o requisito subjetivo não foi preenchido, pelo fato de ser uma das partes contratantes incapaz e, portanto, não se poder reconhecer a formação de um contrato de doação.

Mais do que isso, como já explanado anteriormente, a doação verbal de imóvel não produz efeito jurídico, por ser exigida a escritura pública. O contrato de doação é formal, exigindo a lei forma escrita e instrumento público.

Pois bem, vejamos o que diz o Código Civil Brasileiro:

> Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.
> Parágrafo único. A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição.

Verifica-se da análise dos autos que o que pretende a apelante é ver reconhecida a formação de um contrato de doação meramente verbal, sem qualquer solenidade, muito menos a lavratura de uma escritura pública, forma exigida para a validação deste contrato no nosso novo Código Civil. Não é possível reconhecer a formação válida do contrato de doação apenas com as provas juntadas aos autos, uma vez não ter sido preenchido o requisito objetivo, que se refere à exigência da forma neste tipo de contrato.

Nesse sentido vem decidindo este egrégio Tribunal:

> Apelação cível. Doação. Cessão de direitos. Contratos. Forma. Previsão legal. Escritura pública. Ausência de prova. Inoficiosidade. Anulação. - A doação caracteriza-se como contrato formal e solene cuja formalização exige observância dos requisitos legais para ter validade. Referindo-se a bem imóvel, torna-se da essência do ato a escritura pública que deverá ser lavrada perante o Cartório de registro imobiliário competente. Não havendo reserva de bens ou renda suficiente para subsistência do doador, impõe-se vedação à doação inoficiosa (Apelação: 1.0024.05.640761-2/001(1), Relator: Desembargador Nicolau Masselli; Data do Julgamento: 28.03.2007; Data da Publicação: 20.04.2007).

> Cautelar inominada. Doação. Prova da existência. Ônus. Ilegitimidade de parte. - A doação é contrato formal. Por isto, é indispensável a forma escrita, como de subsistência do ato, sob pena de invalidação, e, via de conseqüência da ilegitimidade daquele que se apresenta como suposto donatário (Apelação: 1.0672.06.189765-4/001(1), Relatora: Desembargadora Selma Marques; Data do Julgamento: 04.11.2009; Data da Publicação: 23.11.2009).

> Outorga de escritura. Cessão de direitos. Doação de imóvel. Escritura pública. Necessidade. -Tratando-se de doação de imóvel e não mera cessão de direitos, necessária a escritura pública para a validade do ato, pois o contrato é formal. Impossibilidade da outorga de escritura (Apelação: 2.0000.00.384556-3/000(1), Relator: Desembargador Viçoso Rodrigues; Data do Julgamento: 20.03.2003; Data da Publicação: 02.04.2003).

> Outorga de escritura. Doação. Ausência de demonstração. Impossibilidade. - A transferência de imóvel, por doação, exige forma escrita, solene e prescrita em lei. Sem a existência deste documento que comprove tal fato, impossível o pedido de outorga da escritura (Apelação: 2.0000.00.302602-8/000(1), Relator: Desembargador Geraldo Augusto; Data do Julgamento: 04.05.2000; Data da Publicação: 17.05.2000).

Já assim tive a oportunidade de decidir:

> Ação de adjudicação. Imóvel. Doação verbal. Impossibilidade jurídica. - Mera posse de imóvel não confere o direito à adjudicação, cabendo a ação de usucapião, se transcorrido o prazo necessário. Doação verbal de imóvel não produz efeito jurídico, por ser exigida a escritura pública. (Apelação: 2.0000.00.364690-4/000(1), Relatora: Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Data do Julgamento: 18.02.2003. Data da Publicação: 15.03.-2003.)

Portanto, salienta-se que nem o requisito subjetivo e tampouco o requisito objetivo foram preenchidos e que não se pode falar na existência do contrato de doação pretendido pela apelante. Mesmo sabendo que foi juntada à f. 46 declaração da oficiala de registro certificando a intenção da falecida em doar parte de seu imóvel à apelante, saliento que ela não serve para desconstituir, por si só, a força das outras provas juntadas, mesmo sabendo que ela goza de fé pública. Coube à parte contrária o ônus de elidir tal presunção, mediante prova em contrário, o que de fato ocorreu.

Dessa forma, verifico que não há razão para reforma da sentença ora objurgada, que, vale dizer, foi prolatada com a responsabilidade e zelo necessários, analisando não só as questões jurídicas, mas principalmente as questões fáticas, bem como o comportamento dos contendores durante a tramitação do processo.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Responsabilidade civil - Indenização - Inscrição em concurso público - Erro da casa lotérica - Perda de uma chance - Dano moral e material - Valor - Fixação

Ementa: Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral. Inscrição em concurso público. Erro da lotérica. Perda de uma chance. Indenização por danos morais e materiais. Procedência do pedido. Valor. Fixação.

- Para que se condene alguém ao pagamento de indenização, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente ou o risco, e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo.

- Restando comprovado o defeito na prestação do serviço da lotérica, ora ré, no ato da inscrição para participação da autora em concurso público, impedindo que a aludida inscrição se concretizasse, resta caracterizada a perda de uma chance de ocupar um cargo mediante concurso público e, por conseguinte, a responsabilidade civil da requerida ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.08.503179-0/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Mister Loterias Ltda. ou Loteria Mega Sorte - Apelante adesiva: Michella Mara Alves Gomes de Figueiredo - Apeladas: Mister Loterias Ltda., Michella Mara Alves Gomes de Figueiredo - 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 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 REJEITAR A PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO PRINCIPAL E NEGAR PROVIMENTO AO APELO ADESIVO.

Belo Horizonte, 13 de janeiro de 2011. - *Lucas Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUCAS PEREIRA - Trata-se de apelação contra a sentença do MM. Juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de indenização por danos morais e materiais movida por Michella Mara Alves Gomes de Figueiredo, em desfavor de Loteria Mega Sorte.

Noticia a exordial que a autora efetuou o pagamento da importância de R$ 20,00 (vinte reais) junto ao estabelecimento da ré, com o intuito de fazer a inscrição no concurso público para o Hospital Universitário. Entretanto, relata que a inscrição não foi computada, por um erro da funcionária da requerida, razão pela qual ajuizou a presente demanda, requerendo o pagamento de indenização por danos materias e por danos morais.

Devidamente citada, a ré apresentou contestação (f. 18/29), arguindo a preliminar de inépcia da inicial. No mérito, aduz que não estão presentes os requisitos da responsabilidade civil, afirmando que resta caracterizado fato de terceiro, uma vez que é mera permissionária dos serviços prestados pela CEF e que o erro no pagamento foi ocasionado por uma falha no sistema da referida instituição. Pugna pela improcedência dos pedidos.

Depoimento pessoal à f. 183.

Na sentença (f. 184/186), o douto Julgador *a quo* rejeitou a preliminar e, no mérito, julgou procedentes os pedidos iniciais, para condenar a ré a restituir à autora a quantia de R$ 20,00 (vinte reais), corrigida monetariamente pela tabela da CGJ/MG e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento), tudo a partir da citação, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), corrigida monetariamente pela tabela da CGJ/MG, desde a publicação da sentença, acrescido de juros de mora de 1% ao mês, desde a data da realização do pagamento, que não foi computado pela requerida. Condenou, ainda, a ré a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

A ré interpôs apelação (f. 187/197), arguindo a preliminar de inépcia da inicial, ao argumento de que a requerente direcionou sua postulação contra a Loteria Mega Sorte, que é ente sem personalidade jurídica. No mérito, aduz a ausência de provas dos fatos constitutivos do direito da autora, alegando que ela não demonstrou que a sua inscrição foi indeferida, que não participou do certame e nem sequer que este efetivamente existiu. Assevera que o douto Magistrado *a quo* se convenceu de que a autora perdeu a inscrição para o concurso, com fulcro no seu depoimento pessoal; todavia, afirma que este representa apenas uma síntese fática da inicial, que não dispensa a prova concreta dos fatos constitutivos do direito vindicado. Pelo princípio da eventualidade, requer que os juros de mora sobre o valor da indenização por danos morais incidam a partir da citação.

Contrarrazões às f. 199/202, em que a autora se pautou pelo desprovimento do recurso.

A autora interpôs recurso adesivo (f. 203/205), pugnando pela majoração do valor da indenização por danos materiais e morais, bem como da quantia referente aos honorários advocatícios.

Contrarrazões às f. 207/212, em que a ré se pautou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço dos recursos, porque próprios, tempestivos, estando devidamente preparado o apelo principal e dispensada de preparo a apelação adesiva, por estar a autora amparada pelos benefícios da justiça gratuita.

Apelação principal.

Preliminar - inépcia da inicial.

Inicialmente, cumpre-me a análise da preliminar de inépcia da inicial, arguida pela requerida em suas razões recursais, ao argumento de que a requerente direcionou sua postulação contra a Loteria Mega Sorte, que é ente sem personalidade jurídica.

Razão não lhe assiste.

Isso porque, no caso dos autos, não vislumbro quaisquer dos vícios elencados no art. 295 do Código de Processo Civil.

Dispõe o art. 295, inciso I e parágrafo único, do Código de Processo Civil:

> Art. 295. A petição inicial será indeferida:
> I - quando for inepta; [...]
> Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:
> I - lhe falta pedido ou causa de pedir;
> II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;
> III - o pedido for juridicamente impossível;
> IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

Ocorre que, no caso dos autos, a petição inicial não se inclui entre as hipóteses enumeradas no dispositivo supracitado, uma vez que possui pedido e causa de pedir, da narração dos fatos decorre logicamente a conclusão, o pleito é juridicamente possível e os pedidos são compatíveis entre si.

E verifica-se que "Loteria Mega Sorte" é o nome fantasia de "Mister Loterias Ltda., ou seja, nome pelo qual a requerida é conhecida do público. Vê-se, pois, que "Loteria Mega Sorte" e "Mister Loterias Ltda" são a mesma pessoa jurídica. Dessa maneira, responde a firma limitada pelos atos praticados com o nome fantasia, sendo que a indicação é, inclusive, perfeitamente lídima e correta, pois "Loteria Mega Sorte" é o nome que existe para o consumidor, e não o da sociedade empresarial, pelo que não há se falar em inépcia da inicial, tendo em vista que a exordial se apresenta de forma inteligível e compreensível.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de inépcia da inicial.

Mérito.

Tem-se que a reparabilidade ou ressarcibilidade do dano moral é pacífica na doutrina e na jurisprudência, mormente após o advento da Constituição Federal de 5.10.88 (art. 5º, incisos V e X), estando hoje sumulada sob o nº 37 pelo STJ.

Como observa Aguiar Dias, citado pelo Des. Oscar Gomes Nunes do TARS,

> a reparação do dano moral é hoje admitida em quase todos os países civilizados. A seu favor e com o prestígio de sua autoridade, pronunciaram-se os irmãos Mazeaud, afirmando que não é possível, em sociedade avançada como a nossa, tolerar o contra-senso de mandar reparar o menor dano patrimonial e deixar sem reparação o dano moral. (Cfr. Aguiar Dias. *A reparação civil*. Tomo II, p. 737.)

Importante ter-se sempre em vista a impossibilidade de se atribuir equivalente pecuniário a bem jurídico da grandeza dos que integram o patrimônio moral, operação que resultaria em degradação daquilo a que se visa a proteger (cf. voto do Min. Athos Carneiro no REsp nº 1.604-SP, *RSTJ* 33/521).

Caio Mário, apagando da ressarcibilidade do dano moral a influência da indenização, na acepção tradicional, entende que há de preponderar

> um jogo duplo de noções: a - de um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia [...]; b - de outro lado, proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o *pretium doloris*, porém uma ensancha de reparação da afronta [...] (*Instituições de direito civil*. 7. ed. Forense, v. 2, p. 235).

E acrescenta:

> [...] na ausência de um padrão ou de uma contraprestação que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização [...] (Caio Mário, ob. cit., p. 316).

Os pressupostos da obrigação de indenizar, seja relativamente ao dano contratual, seja relativamente ao dano extracontratual, são, no dizer de Antônio Lindbergh C. Montenegro:

> A - o dano, também denominado prejuízo; b - o ato ilícito ou o risco, segundo a lei exija ou não a culpa do agente; c - um nexo de causalidade entre tais elementos. Comprovada a existência desses requisitos em um dado caso, surge um vínculo de direito por força do qual o prejudicado assume a posição de credor e o ofensor a de devedor, em outras palavras, a responsabilidade civil (*Ressarcimento de dano*. Âmbito Cultural Edições, 1992, nº 2, p. 13).

Esclareça-se que a autora afirmou que efetuou o pagamento da importância de R$ 20,00 (vinte reais) junto ao estabelecimento da ré, com o intuito de fazer a inscrição no concurso público para o Hospital Universitário. Entretanto, relata que a inscrição não foi computada, por um erro da funcionária da requerida, razão pela qual ajuizou a presente demanda, requerendo o pagamento de indenização por danos materias e por danos morais.

Por sua vez, a requerida alega que inexistem provas de que o pagamento do referido boleto bancário se refere à inscrição em concurso público, nem que a referida inscrição fora indeferida.

Através dos documentos juntados aos presentes autos, verifico que a mãe da autora, Sandra Helena Alves, efetuou o pagamento do boleto nº 78301152183 7 39650000002000 (f. 09), no valor de R$ 20,00 (vinte reais), junto ao estabelecimento da requerida, às 18h11min, consoante demonstra o comprovante de pagamento de f. 10.

Enquanto o comprovante de pagamento de f. 12 demonstra que, por um equívoco da requerida, o boleto bancário referente à inscrição da autora Michella Mara Alves Gomes, de nº 79101160196 4 3965000-0002000, no valor de R$ 20,00 (vinte reais), não fora devidamente quitado.

É que o referido comprovante de pagamento de f. 12 demonstra que às 18h13min fora efetuada a quitação do documento nº 78301152183 7 3965000-0002000, e não a do de nº 79101160196 4 3965000-0002000, referente à inscrição da autora, de maneira que o boleto da mãe da postulante fora pago em duplicidade, enquanto o pagamento do boleto da própria demandante não fora concretizado.

Ora, é certo que, não havendo se concretizado o pagamento do boleto bancário referente à inscrição da autora no concurso público do Hospital Universitário, é consequência lógica que a aludida inscrição não se efetivou, sendo, portanto, indeferida.

E não há dúvidas de que o boleto bancário se refere à inscrição no concurso público mencionado na inicial, uma vez que consta no boleto bancário como cedente a Fadepe/Seleção HU, donde se depreende que se refere ao concurso público do Hospital Universitário, sendo a referida instituição gestora de concursos públicos.

Assim, restou demonstrado nos autos que a inscrição da autora para o concurso público do Hospital Universitário não se concretizou por um equívoco da requerida, não havendo que se falar que ela, como prestadora de serviços da CEF, não teria responsabilidade pelo referido pagamento, tal como faz crer a suplicada.

Dessa maneira, comprovado o defeito na prestação do serviço da ré, resta caracterizada a responsabilidade civil da requerida pelos danos materiais e morais.

Quanto ao termo *a quo* de incidência dos juros de mora sobre o valor da indenização por danos morais, tenho que deve ser reformada a r. sentença, que estabeleceu a sua incidência desde a data da realização do pagamento que não foi computado pela ré (evento danoso), devendo incidir no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, por se tratar de responsabilidade contratual.

Nesse sentido:

> Ementa: Apelação cível. Indenização por danos morais. Inscrição indevida no cadastro de proteção ao crédito. Falha na prestação do serviço de telefonia móvel. Responsabilidade objetiva. Inteligência do art. 14 do CDC. Denunciação da lide. Empresa credenciada. Cabimento. Culpa exclusiva de terceiro. Inexistência. Ilícito configurado. Danos morais devidos. Recurso de apelação interposto por Telemig Celular conhecido e parcialmente provido. Recurso interposto por Eletrozema Ltda. conhecido e não provido. Recurso adesivo conhecido e não provido. - I - A inscrição do nome do consumidor nos cadastros de proteção ao crédito por dívida inexistente caracteriza prática de ato ilícito, a ensejar indenização por danos morais, que, na esteira dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, existe *in re ipsa*, ou seja, decorre do próprio ato, prescindindo da comprovação do prejuízo. II - O valor da indenização por danos morais deve ter caráter dúplice, tanto punitivo do agente, quanto compensatório em relação à vítima. III - O termo inicial para a incidência dos juros de mora é a data da citação, por se tratar de responsabilidade contratual. Precedentes no Superior Tribunal de Justiça. IV - A comprovação acerca da falha na prestação do serviço por parte da empresa credenciada, impõe a procedência da denunciação da lide. V - Recurso interposto por Telemig Celular conhecido e parcialmente provido. Recurso interposto por Eletrozema Ltda., conhecido e não provido. Recurso adesivo conhecido e não provido. (TJMG, Ap. Cív. 1.0074.04.020769-3/001, Rel. Des. Bittencourt Marcondes, j. 8.3.2007.)

Apelação adesiva.

Irresigna-se a apelante adesiva quanto ao valor arbitrado a título de danos morais e materiais e honorários advocatícios.

No que tange aos danos materiais, ressalte-se que a autora pretendeu na exordial "indenização pelo dano material, referente ao valor da inscrição R$ 20,00, que deverá ser corrigido", razão pela qual não há que proceder ao pedido de majoração do valor arbitrado a este título, ao argumento de que não abrangeu todos os gastos que arcou com a preparação para o concurso, de vez que tais despesas não foram mencionadas na exordial, sob pena de julgamento *ultra petita*.

No que tange aos danos morais, entendo que estes restam caracterizados em face da perda de uma chance de ocupar um cargo mediante concurso público, sendo evidente a frustração a que foi acometida a autora.

Mutatis mutantis, a respeito da perda de uma chance, oportuno transcrever trecho do artigo publicado na *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 21, p.136, escrito por Ênio Santarelli Zuliani:

> Perda de uma chance é uma expressão feliz que simboliza o critério de liquidação do dano provocado pela conduta culposa do advogado. Quando o advogado perde o prazo, não promove a ação, celebra acordos pífios, o cliente, na verdade, perdeu a oportunidade de obter, no Judiciário, o reconhecimento e a satisfação integral ou completa de seus direitos (art. 5º, XXXV, da CF). Não perdeu uma causa certa; perdeu um jogo sem que lhe permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria um fato danoso. Portanto, na ação de responsabilidade ajuizada por esse prejuízo provocado pelo profissional do direito, o juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo

raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance.

No que diz respeito, especificamente, ao *quantum* indenizatório, este Tribunal, a exemplo de várias outras Cortes brasileiras, tem primado pela razoabilidade na fixação dos valores das indenizações. É preciso ter sempre em mente que a indenização por danos morais deve alcançar valor tal, que sirva de exemplo para a ré, sendo ineficaz, para tal fim, o arbitramento de quantia excessivamente baixa, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para a autora, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida.

Orientando-me pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, bem como em virtude das circunstâncias relativas ao caso dos autos, considero que a quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais), arbitrada pelo douto Juiz sentenciante, mostra-se suficiente, não havendo que se falar em sua majoração.

Por fim, em relação à verba sucumbencial, tenho que razão não assiste à apelante adesiva quanto ao seu pedido de majoração do percentual arbitrado, visto que, atento às circunstâncias previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do art. 20 do CPC, considero justo e adequado o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, fixado pelo Juiz sentenciante.

Com tais razões de decidir, rejeito a preliminar de inépcia da inicial e, no mérito, dou parcial provimento à apelação principal e nego provimento ao apelo adesivo, reformando a r. sentença, tão somente para efeito de determinar que os juros de mora sobre o valor da indenização por danos morais incidam a partir da citação.

Em relação à apelação principal, custas recursais, à razão de 20% (vinte por cento), pela autora, ficando os 80% (oitenta por cento) remanescentes a cargo da ré. Em relação ao apelo adesivo, custas recursais pela requerente. Suspensa a exigibilidade de tais verbas por parte da postulante, nos termos do disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO MARINÉ DA CUNHA e LUCIANO PINTO.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO PRINCIPAL E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO ADESIVO.

...

Empresa - Mudança no quadro societário - Negativa de arquivamento de alteração contratual - Vinculação ao pagamento de débito fiscal do novo sócio - Ilegalidade

Ementa: Reexame necessário e apelação cível. Mandado de segurança. Empresa. Mudança no quadro societário. Negativa de arquivamento de alteração contratual. Vinculação ao pagamento de débito fiscal do novo sócio. Ilegalidade. Concessão da segurança.

- Configura abuso de poder o condicionamento da efetivação de alteração cadastral ao pagamento de dívidas ativas, o que afronta o princípio constitucional do livre exercício da atividade econômica, garantido no art. 170 da Constituição Federal.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.09.576383-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara de Feitos Tributários do Estado - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: AVS Serviços de Informática Ltda. - Autoridade coatora: Chefe da Administração Fazendária de Belo Horizonte - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2011. - *Elias Camilo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELIAS CAMILO - Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação contra a sentença de f. 65/69, que, confirmando a liminar anteriormente deferida, concedeu segurança para determinar

> à autoridade impetrada que proceda à pleiteada atualização de seus dados cadastrais [da impetrante] junto à repartição fazendária, independente da situação fiscal de seus sócios perante outras sociedades, desde que atendidas as demais exigências legais (*sic*, f. 31).

Em suas razões recursais de f. 77/83, pugna o Estado de Minas Gerais pela reforma da sentença de primeiro grau, para denegar a ordem vindicada, ao fun-

damento, em síntese, de não haver que se falar em ato ilegal na espécie, haja vista que, *in casu*, "o ato da autoridade administrativa foi praticado nos moldes e com o conteúdo previsto na Legislação Tributária, obedecendo rigorosamente o disposto no art. 99, § 1°, do Regulamento do ICMS" (*sic*, f. 79), não havendo que se falar, portanto, em direito líquido e certo da impetrante.

Recebido o recurso, ofertou a apelada as contrarrazões de f. 88/98, em infirmação óbvia.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça às f. 106/112, opinando pela manutenção da sentença em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

Conheço do reexame necessário (art. 14, § 1°, da Lei 12.016/09). Da mesma forma, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário, porque próprio, tempestivamente apresentado, regularmente processado, isento do preparo em razão da isenção legal conferida ao recorrente.

Do reexame necessário.

Primeiramente, urge ressaltar que o mandado de segurança é remédio constitucional de natureza extraordinária, destinado, unicamente, à defesa de "direito líquido e certo, [...] quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (art. 5°, LXIX, da Constituição da República).

Ainda, apenas aqueles direitos plenamente verificáveis, sem a necessidade de qualquer dilação probatória, é que ensejam a impetração do mandado de segurança, não se admitindo, para tanto, os direitos de existência duvidosa, decorrentes de fatos ainda não determinados (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 34-35).

Na hipótese, a impetrante sustenta, em síntese, a existência de direito líquido e certo à atualização de seus dados cadastrais junto à Repartição Fazendária, independentemente da situação fiscal de seus sócios perante outras sociedades, ao argumento de que não lhe pode ser negada a alteração de seus atos constitutivos.

O impetrado, por seu turno, nega a existência do referido direito, sob o argumento, em síntese, de impossibilidade de alteração dos dados cadastrais em face da ausência de apresentação de certidão negativa de débitos de seus sócios, não atendendo ao disposto na Lei Estadual 6.763/75, em seus arts. 16 e 99.

A meu ver, está com razão a impetrante.

Isso porque, de fato, a despeito do que assevera o impetrado no que tange à preservação do interesse público e da existência de lei que ampare o ato apontado como ilegal, a manutenção de uma situação de irregularidade cadastral de uma sociedade, como forma de coação ao recolhimento de tributos, constitui ofensa ao direito líquido e certo pertinente ao exercício pleno das atividades econômicas pela empresa, a teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, externada inclusive pela edição das seguintes súmulas:

> É inadmissível a interdição do estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. (Súmula 70.)
>
> É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. (Súmula 323.)
>
> Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. (Súmula 547.)

Ora, se o Estado detém mecanismos próprios para recebimento do crédito tributário, qual seja a ação de execução fiscal, a utilização de expedientes como o da hipótese, como meio indireto de forçar o contribuinte ao pagamento do débito, afronta o princípio constitucional do livre exercício da atividade econômica, garantido pelo art. 170 da Constituição Federal, o que configura abuso de poder. Vejamos:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Sobre o tema, Hugo de Brito Machado ensina que:

> A exigência de quitação de tributos está autorizada apenas nos casos dos arts. 191, 192 e 193 do CTN. A lei que amplia os casos dessa exigência, estabelecendo formas de cerceamento da liberdade de exercício da atividade econômica, é inconstitucional. Primeiro, porque afronta o art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal. Segundo, porque institui forma oblíqua de cobrança de tributos, permitindo que esta aconteça sem a observância do devido processo legal. A Constituição Federal garante taxativamente a liberdade de exercício da atividade econômica, independentemente da autorização de órgãos públicos (art. 170, parágrafo único). Garante, outrossim, que ninguém será privado da liberdade, ou de seus bens, sem o devido processo legal (art. 5°, inciso LIV), e que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5°, inciso LV).

E continua:

> A exigência de quitação de tributos é inconstitucional, portanto, na medida em que implica cerceamento da liberdade de exercício da atividade econômica, ou propicia ao fisco a cobrança do tributo sem o devido processo legal, vale dizer, sem a apuração em regular processo administrativo, e sem o uso da via própria, que é a execução fiscal. (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 20. ed. Malheiros, 2002, p. 224/225.)

No mesmo sentido, já se manifestou esta Corte no julgamento das Apelações 1.0024.07.574072-0/001 (Rel. Des. Wander Marotta), 1.0024.03.028586-0/001 (Rel. Des. Kildare Carvalho), 1.0000.00.259574-2/000 (Rel. Des. Edivaldo George dos Santos), 1.0000.00.-323627-0/00 (Rel. Des. Geraldo Augusto), 1.0000.00.-290.351-6/001 (Rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves) e 1.0024.04.423035-7/001 (Rel. Des. Duarte de Paula), dentre outros.

Nesses termos, não merece reforma a sentença de primeiro grau, que concedeu a ordem vindicada.

Diante de tais considerações, em reexame necessário, mantenho a sentença proferida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES KILDARE CARVALHO e DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Cumprimento de sentença - Penhora sobre aplicações livres da instituição financeira - Substituição por seguro garantia - Recusa do credor - Prova da onerosidade - Ausência

Ementa: Direito processual civil. Cumprimento de sentença. Penhora sobre aplicações livres da instituição financeira. Substituição por seguro garantia. Recusa do credor. Prova da onerosidade. Ausência. Decisão mantida.

- Não é de se admitir, sem o consentimento do credor, a substituição de penhora de dinheiro por apólice de seguro.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.05.701460-7/008 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Banco Santander (Brasil) S.A., sucessor de Banco ABN Amro Real S.A. - Agravado: Sérgio Lins Andrade - 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, 23 de fevereiro de 2011. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravado, o Dr. Diego Ayres de Matos.

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Sr. Presidente, acho que esse já é o oitavo recurso de agravo nessa demanda, pois tem recurso em Brasília, no STJ, etc., e, aqui, agora, se discute o pedido de substituição de uma penhora em dinheiro por uma apólice de seguro. Sem o consentimento do credor, não me parece - assim resumo, é o que consta dos autos - admitir essa substituição. Então, estou negando provimento ao recurso.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Versam os autos de origem ação de cobrança de expurgos inflacionários em aplicação de CDB - Certificado de Depósito Bancário. Realizados os cálculos de liquidação de sentença, o MM. Juiz de Direito homologou laudo pericial, decisão objeto do Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.701460-7/004, ao qual foi negado provimento.

O agravado promoveu a execução provisória da sentença. Restando, em 30.07.2010, deferido bloqueio *on line*, decisão objeto do Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.701460-7/005, que também foi improvido.

Em face da inércia do agravante, o Magistrado singular determinou a sua intimação para comprovar a transferência do numerário bloqueado ou proceder ao depósito da quantia em conta judicial, no prazo máximo de 3 (três) dias, sob pena de se configurar ato atentatório à dignidade da Justiça, sujeitando-se às penas legais.

Mais uma vez o agravante se quedou silente, ensejando a aplicação de multa no limite de 20% sobre o valor atualizado do débito, que restou mantida no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.701460-7/007.

O MM. Juiz de Direito determinou a expedição de ofício ao Bacen para bloquear os títulos livres da instituição agravante junto à autarquia federal, através do Demab (Departamento de Operações do Mercado Aberto).

Após a expedição do ofício e seu protocolo junto ao Banco Central, o agravante requereu a substituição do bloqueio do crédito pela prestação de seguro garantia no importe de R$14.024.115,34, pugnando, ainda, pela expedição de ofício ao Banco Central do Brasil, na pessoa do Sr. Delegado Regional, para que

não mais proceda ao bloqueio de numerário, tal como ordenado no ofício anterior.

O MM. Juiz de Direito indeferiu o pedido, ensejando este recurso.

Pois bem.

Da leitura do pedido de f. 22/23-TJ e das razões recursais, verifica-se que o agravante pretende substituir a penhora sobre as aplicações livres de sua titularidade junto ao Banco Central do Brasil, além de eximir-se da multa fixada pelo MM. Juiz *a quo* e confirmada pelo acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.701460-7/007.

Como cediço, a substituição da penhora por dinheiro pode ser requerida pelo devedor, a todo tempo, antes da arrematação ou da adjudicação (art. 668 do CPC), mas dinheiro não é o mesmo que apólice de seguro. Não é admissível substituir, sem o consentimento do credor, penhora de dinheiro por apólice de seguro.

Ao comentar o art. 668 do CPC, Antônio Cláudio Costa Machado pontifica:

> [...] o requerimento de substituição amparado pelo presente art. 668 se funda apenas numa razão de conveniência baseada na ausência de prejuízo e na menor onerosidade. [...] a comprovação cabal de não-prejuízo para o exequente relaciona-se com o preenchimento dos requisitos previstos pelos incisos do parágrafo único à frente. Com efeito as condições pormenorizadas sobre o bem substituto, somadas à atribuição de valor, permitem a constatação não apenas do não prejuízo, como também da menor onerosidade (in *Código de Processo Civil interpretado*: artigo a artigo, parágrafo a parágrafo. 8 ed. rev. e atual., Baureri, São Paulo: Manole, 2009, p. 925/926).

Na espécie, o agravante sustenta que o seguro garantia lhe será menos oneroso e mais célere à satisfação do crédito do agravado.

Ocorre que o agravado recusa a substituição, pois as reservas livres de titularidade do agravante junto ao Bacen atendem à ordem de indicação estipulada no art. 655 do Código de Processo Civil, que prevê o dinheiro e aplicações financeiras como primeira opção para penhora.

Além disso, verifica-se que o agravante não cuidou de demonstrar a alegada onerosidade da constrição. Ao contrário, oferece um argumento que indica vantagem para si em caso de manutenção da penhora sobre as reservas livres de que dispõe junto ao Banco Central, pois alega que

> em sendo o bloqueio realizado sobre títulos a vencerem junto ao Bacen, evidentemente que a garantia da execução levará muito mais tempo a ser alcançada que na consecução da mesma pelo seguro garantia, já realizado para este fim (f. 06-TJ).

Ora, o próprio agravante demonstra que a penhora sobre tais aplicações levará mais tempo para satisfazer o crédito do que se recaísse sobre o seguro garantia que ora oferece em substituição, afastando, assim, a suposta onerosidade excessiva.

Uma vez que não restou demonstrado um maior prejuízo para o agravante, e considerando que o agravado, embora ciente de eventual demora na satisfação de seu crédito, prefere que a constrição recaia sobre as aplicações do agravante, não há como deferir o requerimento de substituição da constrição e expedição de ofício inibitório da penhora ao Bacen, como requerido.

Tem-se que o pedido do agravante, bem como este recurso, constituem, na verdade, resistência com o propósito de retardar o cumprimento da decisão judicial condenatória.

Impende registrar que a questão da multa por litigância de má-fé restou amplamente debatida por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.701460-7/007, sendo vedada ao agravante a renovação de arguições quanto à matéria decidida pelo Tribunal, *in verbis*:

> A resistência do banco em disponibilizar o crédito exequendo ao Juízo da execução demonstra conduta rara, senão inédita, na tentativa de descumprir decisão judicial que determina bloqueio de dinheiro. Foram reiteradas condutas desde a primeira ordem de penhora *on line*, que até agora não foi efetivada, em completa insubordinação e inaceitável desrespeito com o Poder Judiciário e suas decisões. Deve ser ressaltado que a ordem de penhora *on line* foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais no julgamento do agravo de instrumento acima transcrito, e, portanto, é esse acórdão que vem sendo descumprido pelo agravante. Trata-se de inequívoca situação caracterizadora de ato atentatório à dignidade da justiça, merecedora da sanção prevista pelo artigo 601 do CPC. [...] Saliento que não há pedido expresso para redução da multa, irrisória, a propósito, tratando-se de instituição financeira do porte do agravante.

Diante da realidade dos fatos que se apresentam nos autos, deve ser mantida a r. decisão primeva.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo agravante.

DES. NILO LACERDA - Estou acompanhando o Relator, Sr. Presidente.

DES. ALVIMAR DE ÁVILA - Sr. Presidente, eu li atentamente o voto do ilustre Desembargador Relator, e essa questão me chamou a atenção porque, às vezes, as coisas simples é que nos ensinam muito mais.

Eu não só estou acompanhando o voto de Sua Excelência, como estou solicitando, com a permissão do ilustre Relator, que se dê publicidade a este fato, porque isso é de uma utilidade extraordinária. É assim que começam aquelas coisas de trocar dinheiro, trocar penhora por título da dívida pública, etc. Naquela época, logo que cheguei ao Tribunal de Alçada, tinha esse

negócio: tinha uns dois ou três colegas advogados que, qualquer coisinha, pediam substituição da penhora na famosa "moeda podre", que não valia nada; só tinha um desenho bonito do governo, com um verde, D. Pedro com a barba grande e tal, mas não valia nada.

Daí, eu estou acompanhando o ilustre Relator e solicitando a Vossa Excelência, Sr. Presidente. Evidentemente que a minha solicitação é unilateral e fica a critério da Turma Julgadora e, principalmente, do Relator, que é o "dono" dos direitos autorais.

DES. JOSÉ FLÁVIO ALMEIDA - Eu agradeço e fico honrado com a sugestão de Vossa Excelência, Des. Alvimar de Ávila.

DES. NILO LACERDA - E eu endosso.

DES. JOSÉ FLÁVIO ALMEIDA - Essa proposta de substituição de penhora por título da dívida pública, o eminente Des. Duarte de Paula, em uma de suas decisões, disse que aquilo "era uma coisa medonha e que não se tocava nem com uma vara, assim, de longe". Está escrito no voto de Sua Excelência.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Processo administrativo disciplinar - Servidor público - Pena de demissão - Ato infracional - Autoria - Ausência de prova - Punição - Desproporcionalidade - Reintegração

Ementa: Constitucional. Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Servidor público. Pena de demissão. Ausência de prova da autoria do ato infracional. Desproporcionalidade da punição. Reintegração.

- Inexistindo contundente prova de autoria do ato infracional, bem como se distanciando a pena de demissão imposta a servidor público da proporcionalidade almejada, anula-se o ato administrativo, sem que se configure indevida interferência jurisdicional.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.705408-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Lílian Soares de Paula - Apelado: Hospital Municipal Odilon Behrens - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de janeiro de 2011. - *Manuel Saramago* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MANUEL SARAMAGO - Conheço do recurso, pois que presentes os pressupostos de sua admissão.

Versam os autos ação sob procedimento ordinário ajuizada por Lilian Soares de Paula em face do Hospital Municipal Odilon Behrens, objetivando a anulação do ato administrativo, consubstanciado na pena de demissão que lhe foi imposta em Processo Administrativo Disciplinar nº 08.000089.09-00.

Através da sentença de f. 371/379, o pedido inicial foi julgado improcedente, ensejando a interposição do presente pleito recursal.

Ao que se depreende da detida análise dos autos, com fundamento nos arts. 183, incisos I, X e XIII, 184, incisos XI, XII, XX, e 199, incisos III, IV e V, todos da Lei nº 7.169/1996, foi instaurado o referido PAD para apuração da prática de "ato de improbidade administrativa, desídia, má conduta, caracterizados por falsificar atestado médico, alterando de 02 (dois) para 03 (três) os dias concedidos pelo médico, conforme OF.GSPM/-CGM-GAB nº 369/2009 [...]" (f. 32).

Designado defensor dativo à servidora pública, então ocupante do cargo de técnico de enfermagem, passou-se à produção de provas, das quais se colhe o seguinte:

> [...] - que reconhece o atestado médico emitido às f. 04, como de sua autoria, contudo salienta que o mesmo foi adulterado de 02 (dois) dias para 03(três) dias; que as rasuras cometidas no respectivo atestado não foram feitas pelo depoente (depoimento prestado pelo médico emissor do atestado médico adulterado, Sr. Afrânio Naves Diniz Pinto);
> - que a processada é uma pessoa assídua e pontual ao trabalho, compromissada e competente; que não conhece nada que desabone a sua conduta ética, profissional ou moral... (Depoimento prestado por testemunha arrolada pela processada); [...]

Ao final dos trabalhos, entendeu-se por bem aplicar punição descrita no art. 199, IV, do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Belo Horizonte, *verbis*:

> Art. 199 - A demissão e a rescisão contratual serão aplicadas nos seguintes casos:
> [...]
> IV - ato de improbidade; [...]

D.m.v, a r. sentença merece reparos.

A uma, pois, se de um lado não há dúvidas acerca

da adulteração conferida ao atestado médico, por outro lado não há certeza da autoria do ato infracional.

A todo momento, negou a servidora pública, ora apelante, ser responsável pela adulteração em questão. E, em nenhum momento, foram produzidas provas contundentes de sua autoria.

Ora, o acervo probatório não se mostra suficiente para revelar, de maneira ampla e indubitável, ter sido a infração cometida pela autora-apelante.

E, mesmo se assim não fosse, a pena a ela imposta fere, claramente, o princípio da proporcionalidade, insculpido, ademais, nas normas procedimentais previstas no próprio estatuto funcional, senão vejamos:

> Art. 194 - São penalidades disciplinares:
> I - repreensão;
> II - suspensão;
> III - demissão ou rescisão de contrato;
> IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
> V - destituição de cargo em comissão ou de função pública.
> Art. 195 - Na aplicação das penalidades, bem como para efeito de sua substituição, serão considerados a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Na hipótese em comento, o réu, ora apelado, ao impor à autora, ora apelante, a pena de demissão, em nenhum momento levou em consideração a natureza e a gravidade da "suposta" infração cometida, bem como os danos que dela provieram e, principalmente, as circunstâncias atenuantes e os antecedentes funcionais.

O fundamento da decisão administrativa pautou-se, tão somente, pela declaração, firmada pelo profissional médico emissor do atestado sob análise, de que ocorrida a adulteração. Se esta ocorreu, não se sabe se por ato praticado pela servidora pública apelante. E, mesmo se fosse, a pena de demissão distancia-se, e muito, da proporcionalidade exigida em caso como tais.

Ressalta-se que a apelante não tem qualquer anotação infracional em sua ficha funcional. Em nenhum outro momento lhe teria sido imposta pena de repreensão ou suspensão.

Sobre a possibilidade de verificação pelo Poder Judiciário da aplicação do princípio da proporcionalidade em seara de processo administrativo disciplinar, colham-se os elucidativos precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça:

> Administrativo. Mandado de segurança. Processo disciplinar. Improbidade administrativa. Corrupção. Demissão. Reexame das provas. Autoridade competente. Formalidades essenciais. Proporcionalidade. Não formação de conjunto probatório suficiente. Ordem concedida.
> 1. Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, típicos do regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a servidor público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo e não se limita somente aos aspectos formais, conferindo garantia a todos os servidores contra um eventual arbítrio.
> [...]
> 4. A proporcionalidade da sanção aplicada resta comprometida quando não se vislumbram, no conjunto de provas colacionado aos autos, elementos de convicção que desafiem a persistência de dúvidas ou incertezas quanto ao fato típico imputado ao agente.
> 5. Segurança concedida para anular a Portaria 513, de 07.03.2007, que demitiu o impetrante do cargo de Policial Rodoviário Federal, promovendo-se a sua reintegração no cargo. (MS 12957/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. *DJe* de 26.09.2008.)

> Processo administrativo (irregularidades na contratação direta de empresa para a execução de serviços). Pena (demissão). Princípio da proporcionalidade (ofensa).
> 1. Na aplicação da penalidade administrativa, deve-se atentar para a correspondência entre a quantidade e qualidade da sanção e a grandeza e grau de responsabilidade do servidor.
> 2. Não havendo, na espécie, certeza quanto ao grau de participação e de influência do impetrante na contratação da empresa, não tendo nem sequer sido declarada a irregularidade do contrato de prestação de serviços sem licitação, a pena de demissão fere princípios a que se subordina a administração pública, mormente o da proporcionalidade. Caso prevalecesse tal sanção, a conduta do impetrante passaria a ser considerada mais relevante do que aquela adotada pelos servidores responsáveis pela contratação e liberação dos recursos públicos.
> 3. Ordem concedida para se anular a pena de demissão, a fim de que sanção menos grave seja aplicada ao impetrante. (MS 11124 / DF Relator(a) Ministro Nilson Naves *DJ* de 12.11.2008)

> Administrativo. Mandado de segurança. Policial rodoviário federal. Processo Administrativo Disciplinar. Controle jurisdicional. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Demissão. Ilegalidade. Concessão da segurança.
> - 1. O controle jurisdicional em mandado de segurança é exercido para apreciar a legalidade do ato demissionário e a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como a proporcionalidade da sanção aplicada com o fato apurado. Precedentes. (MS 9621 / DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz. *DJe* 24.06.2008.)

Com base em tais considerações, dou provimento ao recurso, para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido inicial, a fim de anular a pena de demissão imposta à autora, determinando sua imediata reintegração ao cargo de técnico de enfermagem por ela anteriormente ocupado. Condeno, ainda, o réu, ao pagamento de toda remuneração, desde a data de seu afastamento, com incidência de juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação, bem como correção monetária desde a suspensão do pagamento.

Inverto, assim, os ônus sucumbenciais, impondo ao réu o pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 1.000,00.

DES. BARROS LEVENHAGEN - Acompanho o judicioso voto proferido pelo em. Des. Manuel Saramago, restando evidente a desproporcionalidade da pena imposta à apelante.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Stalking - Assédio por intrusão - Perseguição deliberada e reiterada - Ex-marido - Importunação à ex-companheira - Invasão da privacidade e da intimidade - Conduta perversa - Dolo - Prova testemunhal e documental - Dano moral - Configuração - Indenização devida - Decisão mantida

Ementa: Civil. Reparação de danos morais. Ameaças perpetradas pelo ex-marido. Propósito de exonerar-se da pensão alimentícia. Assédio por intrusão ou *stalking*. Contratação de detetive particular. Violação da privacidade e intimidade. Conduta ilícita reconhecida. Responsabilidade civil mantida.

- A despeito de já ter sido decretado o término da sociedade conjugal, o réu, inconformado com a obrigação de prestar alimentos à autora, passou a importuná-la de forma agressiva e ostensiva, promovendo o que a doutrina vem denominando de assédio por intrusão ou *stalking*.

- O apelante agiu com perversidade, minando a apelada, na tentativa de desqualificá-la perante o seu círculo, com o propósito de compeli-la a desistir dos alimentos fixados na ação de separação judicial.

- Tais condutas comprovam a violação da privacidade e intimidade da apelada e constrangimento por ela suportados, com consequente dano psicológico-emocional.

- Impossível acolher a tese de que o apelante agiu no exercício regular do seu direito, porquanto deveria ter se valido dos meios que o ordenamento jurídico lhe faculta a fim de ver-se exonerado da obrigação que lhe foi imposta.

- Em nenhum momento, o ordenamento jurídico lhe autoriza agir da forma inoportuna como agiu, ofendendo e ameaçando a apelada, praticando assédio moral inaceitável e que não prescinde da devida sanção.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.841426-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: F.A.M.M. - Apelada: A.C.D. - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 31 de março de 2011. - *Alberto Henrique* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de apelação interposta contra a sentença de f. 106/108, proferida nos autos da ação de reparação por danos morais proposta por A.C.D. em face de F.A.M.M..

Na sentença, a MM. Juíza julgou procedente o pedido para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, contados da data desta decisão, condenando-o, ainda, ao pagamento das custas judiciais e honorários de sucumbência, fixados em 10% sobre o valor da condenação, suspensa a exigibilidade em virtude da concessão da assistência judiciária gratuita.

Não se conformando com o *decisum*, apelou o réu.

Em suas razões, informa que a apelada propôs a presente ação para ver-se compensada pelos danos morais sofridos em virtude da suposta conduta do ora apelante, que, por meio de diversas ligações, a qualquer hora do dia, causando-lhe desconfortos, teria contratado um detetive com o propósito de obter informações sobre sua vida, sua intimidade e as pessoas com quem mantém contato; que tal conduta teria causado abalo psicológico.

Alega que jamais fez ameaças à apelada; que apenas manifestou seu inconformismo com o fato de, mesmo com a separação do casal, ser compelido a pagar pensão alimentícia à apelada.

Diz que o único propósito da apelada é obter ganho financeiro; que não tem nenhuma obrigação legal ou jurídica de pagar alimentos à apelada, que tem plena capacidade para o trabalho, tem carro próprio, imóvel próprio, e que apenas agiu no exercício regular do seu direito de ver-se exonerado do pagamento da aludida pensão.

Aduz que se encontra em situação constrangedora, tendo que pagar pensão a sua ex-mulher, que tem

namorado, consoante comprovou a investigação feita pelo detetive particular contratado, com o propósito de comprovar que a apelada não necessita dos alimentos por ele prestados.

Defende que não restou comprovada a conduta ilícita do réu.

Pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 124/129.

É o relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

A.C.D. propôs ação de indenização por danos morais, sob a alegação de que vem sofrendo abalo psicológico em virtude da conduta do seu ex-marido, F.A.M.

Segundo a inicial, as partes foram casadas por 8 (oito) anos e, em 2004, separaram-se, restando acordado que o réu pagaria alimentos à autora no percentual de 21% dos seus rendimentos.

Ainda de acordo com a inicial, o réu teria proposto ação de divórcio c/c exoneração de pensão; que ele teria ficado inconformado com a decisão que determinou que a pensão ainda deveria ser paga, e começou a importunar a autora com telefonemas para sua residência e celular, a qualquer momento do dia, ameaçando que iria expô-la ao ridículo perante terceiros, divulgando segredos de sua vida íntima e de como ela era sustentada por ele.

Segundo a autora, o réu passou a ligar para a residência dos seus pais, deixando-os aflitos e preocupados com as constantes ameaças feitas pelo réu, no sentido de que iria tornar a vida da autora insuportável se não desistisse da pensão.

Conforme relatos da autora, o réu teria contratado detetive particular para obter informações sobre sua vida, sua intimidade e sobre as pessoas com as quais mantinha contato; que passou a efetuar ligações para os locais de trabalho e pessoas com as quais a autora mantinha contato, fazendo alusões à sua pessoa, como se ela tivesse má índole e inspirasse pouca confiança.

Por fim relata que o réu se refere à autora como exploradora, gananciosa, inescrupulosa, golpista e que extorque dinheiro de homens.

Em virtude de tais fatos, busca a compensação por danos morais decorrentes da aludida conduta.

Em contestação, o réu alega que agiu apenas no exercício regular do seu direito de ver-se exonerado da pensão que era compelido a pagar à autora.

Sobreveio sentença, na qual restou reconhecida a comprovação dos danos morais e a condenação do réu ao pagamento da importância de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Irresignado, recorre o réu defendendo que agiu no exercício regular do direito.

Na sistemática do Código de Processo Civil, a teor do que dispõe o art. 333, I, do CPC, incumbe ao autor o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito.

Em vista disso, inexistindo prova de algum dos elementos essenciais à configuração da responsabilidade civil, não há falar em obrigação de indenizar.

Nesse sentido, é o escólio de Humberto Theodoro Júnior:

> Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo de seu pretenso direito. *Actore non probare absolvitur reus* (*Curso de direito processual civil*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. I, p. 374).

Na mesma linha, a jurisprudência:

> Indenização. Danos morais. Responsabilidade subjetiva. Art. 186 do novo Código Civil. Dano. Culpa. Ausência de prova. Ônus da prova. - Para a configuração dos danos morais, é necessária a presença simultânea de três elementos essenciais, quais sejam: a ocorrência induvidosa do dano; a culpa, o dolo ou má-fé do ofensor; e o nexo causal entre a conduta ofensiva e o prejuízo da vítima. Não estando configurados tais elementos, conclui-se pela improcedência do pleito indenizatório. Ao criar o mecanismo da inversão do ônus da prova, a intenção da lei foi restabelecer o equilíbrio supostamente fragilizado nas relações entremeadas por interesses de fornecedores em detrimento de consumidores hipossuficientes. (TAMG, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 468.232-0, Relatora: Juíza Evangelina Castilho Duarte, data do julgamento: 9.3.2005.)

Para a configuração da responsabilidade, mister a comprovação da ocorrência de uma conduta dolosa ou culposa, do dano e do nexo entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima.

Compulsando os autos, verifica-se que, a despeito de sua argumentação, não há como acolher a irresignação do apelante, porquanto a prova colacionada aos autos é suficiente para embasar sua condenação pelos danos suportados pela apelada.

As questões que se apresentam no presente caso se adentram pelo campo da perversidade.

Não se nega que a falência da relação conjugal acarreta danos e prejuízos aos ex-cônjuges, mas não implica necessariamente que deve vir acompanhada de desrespeito e agressões, sejam elas de ordem física ou moral.

No caso dos autos, a despeito de já ter sido decretado o término da sociedade conjugal, o réu, inconformado com a obrigação de prestar alimentos à autora, passou a importuná-la de forma agressiva e ostensiva, promovendo o que a doutrina vem denominando de assédio por intrusão ou *stalking*.

Trata-se da

> ação de perseguição deliberada e reiterada perpetrada por uma pessoa contra a vítima, utilizando-se das mais diversas abordagens tais como agressões, ameaças ou ofensas morais reiteradas, assédios por telefone, e-mail, ou simples

presença afrontante em determinados lugares frequentados pela vítima (CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Stalking* ou assédio por intrusão e violência contra a mulher. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 81, 01.10.2010. Disponível em http:webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:81g 8JlMgpuwJ:www.ambitojuridico.com.br, acessado em 10.02.2011).

In casu, não somente as provas documentais como as testemunhas ouvidas por ocasião da audiência de instrução e julgamento comprovaram que o apelante ultrapassou os limites do seu direito, perseguindo a apelada com o propósito de que ela desistisse dos alimentos que lhe foram concedidos por ocasião da ação de separação judicial.

Não bastassem as humilhações, ofensas e ameaças perpetradas por telefone e comparecimento ao seu local de trabalho, o apelante invadiu a esfera da privacidade e intimidade da apelada ao contratar um detetive particular que vigiava todos os seus passos.

O próprio apelante cuidou de juntar aos autos o relatório efetuado pelo detetive particular por ele contratado, no qual se pode observar acervo fotográfico e descrição minuciosa de toda a rotina da apelada.

Tais condutas comprovam a violação da privacidade e intimidade da apelada e constrangimento por ela suportados com consequente dano psicológico emocional.

Até mesmo medidas previstas na Lei Maria da Penha tiveram que ser tomadas em virtude do assédio perpetrado pelo apelante.

Consoante alhures ressaltado, o apelante agiu com perversidade, minando a apelada, na tentativa de desqualificá-la perante o seu círculo, com o propósito de compeli-la a desistir dos alimentos fixados na ação de separação judicial.

Impossível acolher a tese de que o apelante agiu no exercício regular do seu direito, porquanto deveria ter se valido dos meios que o ordenamento jurídico lhe faculta a fim de ver-se exonerado da obrigação que lhe foi imposta.

Em nenhum momento, o ordenamento jurídico lhe autoriza agir da forma inoportuna como agiu, ofendendo e ameaçando a apelada, praticando assédio moral inaceitável e que não prescinde da devida sanção.

Do mesmo modo, os danos são patentes, já que, além da dor comumente experimentada por aqueles que terminam uma relação conjugal, a apelada passou a ser perseguida pelo apelante, que, diuturnamente, promovia ameaças de toda sorte, com o vil propósito de exonerar-se da pensão alimentícia.

Demais disso, ainda se viu abalada por ser investigada por terceiro contratado pelo apelante, a fim de relatar toda a sua rotina.

Por todas essas razões, não há como afastar a responsabilidade do apelante pelos danos experimentados pela apelada, que foi consideravelmente abalada psiquicamente em decorrência da conduta covarde alhures narrada.

Assim, nenhum reparo merece a decisão combatida.

Com tais razões de decidir, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a exigibilidade em virtude da concessão da assistência judiciária.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Com o Relator.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Conforme bem posicionado no lúcido voto da douta relatoria, após a separação do casal, o apelante encetou uma perseguição contínua e deliberada contra a apelada, em flagrante cometimento de assédio moral, conforme robustamente comprovado nos autos, inclusive com laudo de detetive contratado pelo apelante para espionar a vida da apelada, tudo para tentar se eximir da obrigação de prestar a pensão para a apelada. Intenção lucrativa vil, sendo que o alegado exercício regular de um direito não existe quando o expediente utilizado é um comprovado assédio moral.

Com esses adminículos, também nego provimento à apelação.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Imposto de renda - Cardiopatia grave e doença mental incapacitante (Alzheimer) - Isenção - Requisitos - Art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88 - Comprovação - Termo inicial indeterminado - Perícia médica - Determinação - Sentença - Omissão quanto a juros moratórios e correção monetária - Complementação - Incidência da Súmula 162 do Superior Tribunal de Justiça

Ementa: Reexame necessário. Administrativo/Tributário. Servidora pública. Cardiopatia grave e doença de Alzheimer. Isenção do imposto de renda. Legitimidade passiva do Estado de Minas Gerais. Comprovação dos requisitos exigidos pela Lei 7.713/88. Restituição a partir da data da existência da moléstia incapacitante. Correção dos valores. Taxa Selic. Honorários advocatícios. Manutenção.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0024.08.966200-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de

Direito da 1ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte - Autora: Luiza Paulino Dornelas, representada por Miriam Paulino Dornelas - Réu: Estado 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 Almeida Melo, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 17 de março de 2011. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AUDEBERT DELAGE - Trata-se de reexame necessário de sentença de f. 145/149, que, em autos de ação ordinária ajuizada por Luiza Paulino Dornelas - representada por Miriam Paulino Dornelas - contra o Estado de Minas Gerais, julgou extinto o processo sem resolução de mérito em relação ao pedido de isenção de imposto de renda retido na fonte, pelo fato de a mesma ter sido concedida administrativamente. Mais ainda, julgou-se procedente o pedido referente à restituição do valor descontado a título de IR, devendo a mesma ser feita com base nos valores descontados a partir de maio de 2007 até o momento em que a isenção foi concedida e efetivada. Condenou, ainda, o réu ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), a teor do art. 20, § 4º, do CPC, isentando-o, porém, de custas processuais. Por fim, determinou o reexame necessário da sentença.

Não houve a interposição de recursos voluntários; o Estado de Minas Gerais manifestou sua concordância com a sentença e renunciou ao prazo recursal (f. 150/151).

Deixo de remeter os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, por considerar sua manifestação desnecessária no presente feito.

Conheço do reexame, presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Cuidam os autos de pedido de isenção de imposto de renda retido na fonte c/c repetição de indébito em ação ajuizada por Luiza Paulino Dornelas, ao fundamento de que seria portadora de cardiopatia grave e de doença mental incapacitante, circunstâncias que fariam com que fizesse jus à isenção prevista no art. 6º da Lei Federal nº 7.713/88.

Inicialmente, cumpre ressaltar a legitimidade *ad causam* passiva do Estado de Minas Gerais, tendo em vista que a este ente público pertence o produto da arrecadação do imposto sobre a renda de seus servidores, como preceitua o art. 157, I, da CF/88. Nesse sentido, o STJ:

> Processo civil e tributário. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Restituição. Imposto de renda retido na fonte. Legitimidade passiva do Estado da Federação. Repartição da receita tributária.
> 1. Os Estados da Federação são partes legítimas para figurar no pólo passivo das ações propostas por servidores públicos estaduais, que visam o reconhecimento do direito à isenção ou à repetição do indébito relativo ao imposto de renda retido na fonte. Precedentes: AgRg no REsp 1045709/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 03.09.2009, *DJe* de 21.09.2009; REsp 818709/RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, *DJe* 11.03.2009; AgRg no Ag 430959/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, *DJe* de 15.05.2008; REsp 694087/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, *DJ* de 21.08.2007; REsp 874759/SE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. em 07.11.2006, *DJ* de 23.11.2006; REsp n. 477.520/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, *DJ* de 21.03.2005; REsp n. 594.689/MG, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 05.09.2005.
> 2. 'O imposto de renda devido pelos servidores públicos da Administração direta e indireta, bem como de todos os pagamentos feitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, retidos na fonte, irão para os cofres da unidade arrecadadora, e não para os cofres da União, já que, por determinação constitucional "pertencem aos Estados e ao Distrito Federal' (José Cretella Júnior, in *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 2. ed., Forense Universitária, vol. VII, arts. 145 a 169, p. 3.714).
> 3. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (REsp 989419/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, j. em 25/11/2009, *DJe* 18.12.2009)
>
> Os Estados e o Distrito Federal são partes legítimas na ação de restituição de imposto de renda retido na fonte proposta por seus servidores (Súmula 447, Primeira Seção, j. em 28.04.2010, *DJe* de 13.05.2010).

Lado outro, assevero que há interesse de agir por parte da autora, uma vez que sua pretensão foi efetivamente resistida pela parte ré, somente tendo sido o pleito de isenção atendido, pela via administrativa, em momento posterior ao ajuizamento da presente ação (cf. f. 77 e 127/128).

Isso posto, passo à análise do mérito da pretensão. O eventual direito da autora está fundado no art. 6º, inciso XIV, da Lei Federal nº 7.713/88, que dispõe:

> Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas: [...]
> XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por

radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;

Deste modo, afiguram-se como dois requisitos essenciais e cumulativos à concessão da isenção pretendida a aposentadoria e condição de portador de moléstia incapacitante elencada no mencionado dispositivo legal. Mais ainda, tal isenção só será concedida ao inativo a partir do momento em que estiver efetivamente configurada a circunstância incapacitante retrocitada. Nessa linha de entendimento, a jurisprudência:

> Tributário. Controvérsia relativa à exigência do imposto de renda sobre determinado percentual do pecúlio por morte pago pela entidade de previdência privada, quando esse percentual do pecúlio é objeto de antecipação ao próprio participante-contribuinte que recebe complementação de aposentadoria e é portador de neoplasia maligna.
> Decisão agravada em conformidade com a jurisprudência dominante do STJ. Desprovimento do agravo regimental.
> 1. São cumulativos os pressupostos para o gozo da isenção prevista no art. 6°, XIV, da Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988: um relativo à natureza jurídica do rendimento (proventos de aposentadoria ou reforma), outro inerente à condição pessoal do sujeito passivo (ser portador de uma das moléstias incapacitantes ali arroladas). Nesse sentido: REsp 1.059.290/AL, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* de 1°.12.2008; REsp 907.236/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* de 1°.12.2008; REsp 1.007.031/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* de 04.03.2009; RMS 20.567/MG, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 09.05.2006; REsp 778.618/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 28.4.2006; REsp 819.747/CE, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 04.08.2006. [...] (AgRg no REsp 842.756/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 20.10.2009, *DJe* de 13.11.2009).

> Tributário e processual civil. Recurso especial. Moléstia grave. Art. 6°, XIV, da Lei 7.713/88. Isenção do imposto de renda. Termo *a quo*. Repetição de indébito. Prescrição. Ausência de impugnação Juros. Correção monetária.
> 1. A jurisprudência do STJ tem decidido que o termo inicial da isenção da imposto de renda sobre proventos de aposentadoria prevista no art. 6°, XIV, da Lei 7.713/88 é a data de comprovação da doença mediante diagnóstico médico. Precedentes: REsp 812.799/SC, 1ª T., Min. José Delgado, *DJ* de 12.06.2006; REsp 677603/PB, 1ª T., Ministro Luiz Fux, *DJ* de 25.04.2005; REsp 675.484/SC, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 01.02.2005) 2. No caso concreto, há laudo emitido pelo serviço médico oficial do Município de Araras-SP reconhecendo que o recorrente é portador de neoplasia maligna desde setembro de 1993, devendo a isenção, em consonância com o disposto nos artigos 30 da Lei n° 9.250, de 26 de dezembro de 95, e 39, §§ 4° e 5°, III, do Decreto n° 3.000, de 26 de março de 1999, ser reconhecida desde então. [...]
> 5. Nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção quanto aos juros pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN; (b) após a edição da Lei 9.250/95, aplica-se a taxa Selic desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1°.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a Selic inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real.
> 6. Recurso especial a que se dá provimento (REsp 900.550/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. em 27.03.2007, *DJ* de 12.04.2007, p. 254).

Assim sendo, cumpre ressaltar que a autora conseguiu demonstrar, de modo idôneo, sua condição de portadora de enfermidade abrangida pela norma federal em comento. De fato, ela juntou aos autos extensa e inequívoca documentação de seu alegado quadro de saúde, a qual, por si só, é hábil a comprová-lo (cf. f. 57/74).

No entanto, tal documentação não foi clara para determinar com precisão o termo inicial de sua enfermidade, óbice que foi sanado pela perícia médica realizada pela Superintendência Central de Perícia Médica e Saúde Ocupacional da Seplag. Tal perícia atestou que "a requerente é portadora de patologia que se enquadra definitivamente a partir de maio de 2007 na situação de isenção de IR" (f. 131).

Dessa forma, tenho que o termo inicial para a concessão de sua isenção é maio de 2007. Como já julgou este eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> Administrativo/Tributário. Cardiopatia grave. Isenção do imposto de renda. Comprovação dos requisitos exigidos pela Lei 7.713/88. Restituição a partir da data do laudo. Correção dos valores. Taxa Selic. Pessoa jurídica de direito público. Isenção do pagamento de custas. Lei n° 14.939/02 (Apelação Cível n° 1.0024.07.575088-5/001, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Audebert Delage, j. em 05.02.2009, data da publicação: 17.02.2009).

Nada obstante, verifica-se omissão da sentença quanto aos juros moratórios e à correção monetária, devendo ser declarados (cf. STJ, REsp 722475/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. em 21.06.2005, *DJ* de 01.07.2005, p. 430; Súmula 325/STJ e Súmula 254/STF).

Em se tratando de restituição de tributos ilegalmente cobrados, tem lugar o CTN, que, em seu art. 161, § 1°, outorga a possibilidade de que se edite lei a respeito do percentual dos juros de mora a ser observado na seara tributária. A Lei n° 9.250/95 dispõe que os créditos tributários da União se sujeitarão a juros de mora calculados à taxa Selic. Por sua vez, o art. 22 da Lei Estadual n° 6.763/75 estabelece que, em relação aos créditos tributários do Estado de Minas Gerais, os juros incidirão segundo os mesmos critérios adotados pelo Fisco federal. Assim, até o trânsito em julgado,

deverão ser os valores corrigidos monetariamente a partir de cada desconto, nos termos da Súmula 162 do STJ. Após o trânsito em julgado da sentença incidirá apenas a aplicação da taxa Selic, por englobar juros e correção.

No que concerne à fixação de honorários advocatícios decorrentes do julgamento procedente da ação em comento, entendo que a quantia arbitrada pela sentença, qual seja R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), mostra-se razoável diante dos serviços desempenhados no caso em tela, com base no que dispõe o art. 20, § 4º, do CPC.

Ante tais considerações, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, apenas determinar a incidência dos juros de mora e correção monetária nos termos deste voto, mantendo-se, no restante, inalterado o título sentencial.

Custas, *ex lege*.

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

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

...

Contrato internacional - Barreiras aduaneiras - Pneus usados - Importação - Terceiros - Princípio da relatividade - Aplicação

Ementa: Apelação cível. Pneus usados. Importação. Contrato internacional. Barreiras aduaneiras. Princípio da relatividade.

- O princípio da relatividade quanto às pessoas não permite que se estendam a eficácia e os efeitos do contrato a terceiro que dele não participou.

- A retenção de pneus usados de origem estrangeira pela autoridade aduaneira não é oponível ao seu subcomprador, se do contrato de compra e venda internacional em nada participou.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.10.003278-9/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Bética Indústria e Comércio de Pneus Ltda. - Apelado: Pneus Uberlândia Ltda. 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de março de 2011. - *Marcos Lincoln* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCOS LINCOLN (Relator) - Trata-se de apelação interposta por Bética Indústria e Comércio de Pneus Ltda. contra a r. sentença (f. 167/173), que, nos autos da ação ordinária ajuizada por Pneus Uberlândia Ltda., julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a ré a restituir à autora o valor de R$ 96.000,00.

A ré apelante, nas suas razões (f. 175/191), alega, em síntese, que não realizou nenhum negócio com a autora, cujo objeto fosse pneus novos; o objeto do contrato consiste em pneus completos para caminhões que foram importados para o devido beneficiamento; a carga chegou ao Porto de Santos em julho de 2009; os pneus estão aguardando liberação da aduana, para que sejam levados à fábrica de beneficiamento; a carga está "travada" no Porto de Santos até o momento, em razão de determinação do STF, proferida nos autos da ADPF 101; a liberação dos pneus independe da sua vontade; e, assim que tudo se resolver perante o Poder Aduaneiro, os produtos serão beneficiados e entregues à autora.

Pretende, com o provimento do recurso, seja o pedido julgado improcedente.

A autora apelada, nas contrarrazões (f. 194/202), pugna pelo não provimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Alega a ré apelante que os R$ 96.000,00 depositados pela autora apelada, conforme comprovantes de f. 18/19, serviram para pagar a compra de 260 pneus recauchutados para caminhão. Esclarece também que referidos pneus foram importados na forma de carcaças, pois a intenção era beneficiá-los.

Aduz, ainda, que, por uma decisão do STF, proferida na ADPF 101, tais produtos foram retidos pela aduana no Porto de Santos. E que, assim que tudo se resolver, levará os pneus para a sua fábrica e daí, após o beneficiamento, entregará à parte autora.

Pois bem.

Compulsando detidamente os autos, a despeito do embate travado pelas partes sobre o estado dos pneus negociados - para a autora, seriam novos, e para a ré, recauchutados -, fato é que um negócio houve e pelo mesmo a autora pagou R$ 96.000,00, sem qualquer contraprestação da ré.

De acordo com o que fora sustentado pela ré, os pneus não foram entregues à autora em razão das barreiras encontradas no desembaraço aduaneiro das carcaças que serviriam de matéria-prima para o beneficiamento e recauchutagem do produto.

Ocorre, porém, que a pretensão de impor à autora os efeitos do contrato internacional (importação das carcaças de pneus), da qual ela não participou, encontra óbice no princípio da relatividade dos contratos quanto às pessoas, não podendo, por isso, o acordo alheio produzir efeitos nocivos para terceiros.

Como já se decidiu:

> Os efeitos do contrato são orientados não só pelos princípios da irretratabilidade, da intangibilidade, da relatividade quanto ao objeto, como, também, pelo princípio da relatividade quanto às pessoas. O princípio da relatividade quanto às pessoas, por meio do qual a força vinculante dos contratos, em regra, é restrita às partes, é um dos cânones a orientar os efeitos decorrentes dos contratos (TJMG - Ap. nº 2.0000.00.379703-9/000 - Rel. Des. Pereira da Silva - *DJ* de 12.04.2003).

> Ementa: Ação de ressarcimento de danos materiais e morais. Improcedência da pretensão de ressarcimento dos danos materiais. Princípio da relatividade do contrato. Não se estendem a eficácia e os efeitos do contrato a terceiros que dele não participaram (TJRS - Ap. nº 70000975961 - Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira - julgado em 22.11.2000).

Ora, ainda que se admita que a autora comprou pneus recauchutados, tem ela o direito de receber tais produtos, independentemente dos efeitos do contrato de compra e venda internacional firmado exclusivamente pela ré (importadora) e pela Palma Mercantil Trading (exportadora).

O sucesso ou não deste contrato internacional vale, restritivamente, para as partes que contrataram a importação/exportação das carcaças de pneus. Qualquer desavença, problema aduaneiro, avaria, prejuízo, "[...] há de ser resolvido entre elas, e não com a autora que nem sequer participou de tal negócio".

Assim, nenhum reparo merece a sentença que reconheceu a culpa da ré pela rescisão do contrato firmado com a autora e a condenou a devolver o valor pago antecipadamente.

Nego provimento à apelação.

Custas do recurso, pela apelante.

DES. WANDERLEY PAIVA (Revisor) - De acordo com o Relator.

DES.ª SELMA MARQUES (Presidente) - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Seguro - Veículo - Furto qualificado - Recusa da seguradora - Risco excluído - Materialidade atestada pelo *Parquet* - Pagamento devido - Litigância de má-fé - Não configuração

Ementa: Apelação cível. Indenização securitária. Furto de veículo. Recusa da seguradora. Risco excluído. Hipótese não configurada. Crime qualificado. Materialidade atestada pelo *Parquet*. Pagamento devido. Litigância de má-fé. Não configurada.

- Declarada expressamente comprovada a materialidade do furto qualificado pelo órgão responsável pela *persecutio criminis*, não pode a seguradora recusar o pagamento da indenização pelo risco coberto, ao argumento de que o evento se enquadraria na hipótese de furto simples, excluída pela apólice.

- A condenação por litigância de má-fé somente se dá quando indubitavelmente verificado o dolo do litigante.

Recurso parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0689.08.005653-4/001 - Comarca de Tiros - Apelante: Allianz Seguros S.A. - Apelado: Alceu Moreira Gonçalves - 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, EM DAR PROVIMENTO EM PARTE.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2011. - *Pereira da Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEREIRA DA SILVA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Allianz Seguros S.A. contra a sentença proferida pelo ilustre Juiz da Vara Única da Comarca de Tiros, nos autos da ação de indenização que proposta por Alceu Moreira Gonçalves, no bojo da qual também se decidiu a oposição formulada pelo Banco de Lage Landen Brasil S.A.

Adoto o relatório da sentença (f. 225/235), acrescentando que o MM. Juiz decidiu nos seguintes termos:

> Da oposição - Pelas razões encimadas, julgado parcialmente procedente o pedido do opoente, Banco de Lage Landen Brasil S.A., a fim de condenar o primeiro cooposto Alceu Moreira Gonçalves, a pagar a importância correspondente às prestações não liquidadas, corrigidas monetariamente

pelos índices da Tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, a contar dos respectivos vencimentos e de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação.

Considerando que a cooposta Allianz Seguros S.A. já foi condenada a pagar integralmente a indenização securitária ao cooposto Alceu Moreira Gonçalves nos autos em apenso tombado sob o nº 0689.08.005.653-4, julgo improcedente o pedido em relação a esta.

Houve sucumbência recíproca em relação à autora e o coopoente Alceu Moreira Gonçalves, pelo que condeno ao pagamento da verba honorária no valor correspondente a 10% (dez por cento) sobre o valor residual a ser pago à autora.

Condeno a autora a pagar verba honorária à coopoente Allianz Seguros S.A., em 10% (dez por cento) também sobre o valor atribuído à causa.

Ante as razões expostas, resolvo o feito com resolução de mérito, e o faço com supedâneo no comando normado do inciso I do art. 269 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

Da ação principal - Pelas razões encimadas, a procedência parcial dos pedidos formulados se impõe pelo que condeno a requerida Allianz Seguros S.A. a pagar ao requerente, nos termos do contrato, a importância de R$72.000,00 (setenta e dois mil reais), que será corrigida monetariamente pela tabela da egrégia Corregedoria-Geral de Justiça, incidindo, ainda, juros em percentual de 1% ao mês, a partir da data do sinistro (19.08.08) e citação, respectivamente, resolvido o processo, forte no inciso I do art. 269 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

Condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, bem assim, nos termos do comando normado do art. 17, § 1º, c/c o 18, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), em multa correspondente a 1% (um por cento) sobre o valor atribuído à causa, que será revertido em favor do requerente.

Inconformada, a seguradora-ré apelou às f. 238/248, alegando a regularidade da recusa manifestada, visto que lastreada no contrato celebrado entre as partes, em cujo bojo é lícita a inclusão de riscos excluídos, pelo que deve ser aplicada a interpretação restritiva ao pactuado, para afastar a pretensão.

Argumenta que restou caracterizado o furto simples do veículo, e não o crime qualificado, que ensejaria a cobertura.

Questiona os depoimentos testemunhais colhidos, salientando que as medidas preventivas adotadas pelo Requerente não afastam a sua postura negligente, notadamente por ter ficado o trator na posse de seu filho.

Pugnou, por fim, pela exclusão da multa fixada, por inexistência de litigância de má-fé de sua parte.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 255/270.

Este, o breve relatório.

Conheço do recurso, visto que próprio e tempestivo, estando presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Passo a analisar as razões recursais.

Pela presente ação, pretende o autor receber a indenização securitária contratada com a ré, em razão da ocorrência de furto qualificado do trator segurado e da recusa manifestada pela empresa, ao argumento de que, na verdade, o fato amoldava-se à hipótese de furto simples, risco não coberto pela apólice em questão.

O apelado noticiou em sua petição inicial que, no dia 19.08.2008, seu filho, ao chegar à fazenda, não localizou o trator no local onde havia sido deixado, pelo que decidiu seguir os rastros do veículo, por mais de seis quilômetros.

Na ocasião, deparou com a destruição de parte da cerca do imóvel e com rastros de outros veículos, a evidenciar a participação de duas ou mais pessoas no crime registrado em boletim de ocorrência lavrado no mesmo dia.

Salientou, ainda, o hábito de retirar as chaves e fusível indispensável ao funcionamento da máquina, para dificultar a ação dos criminosos, apontando, nesse contexto, o provável uso de chave falsa no evento.

Por todos esses elementos, estaria caracterizado o furto qualificado, risco expressamente coberto por sua apólice de seguro, não se justificando a recusa da apelante em pagar a indenização pretendida, ao argumento de que seria o caso de furto simples, não amparado pelo contrato.

Tem-se, pois, que a controvérsia aqui instalada se cinge à questão relativa à interpretação da cláusula restritiva de direito constante do item 10.1 ("exclusões gerais"), alínea "t", do instrumento denominado "Condições Gerais", acostado por cópia às f. 108/138.

Lá ficou estabelecida a exclusão da cobertura na hipótese de "furto simples, sem emprego de violência, desaparecimento inexplicável e simples extravio" (f. 116).

Tal cláusula, no meu entender, não se figura abusiva e sua redação é clara e expressa ao excluir da cobertura do sinistro o evento mencionado.

Ressalte-se que, no momento da contratação, não opôs o apelado qualquer ressalva às condições gerais da apólice, seja por não concordar com alguma delas, ou por entender que a redação não estivesse suficientemente clara e objetiva.

A respeito, Domingos Afonso Kriger Filho, em sua obra *O contrato de seguro no direito brasileiro*, ressalvou que:

> A esta obrigação imposta ao segurador, exige-se do segurado em contrapartida receber ciência por completo das condições que integrarão o contrato, ressalvando-se de expressar seu consentimento em relação aos termos que, ao seu juízo, não ficaram bem claros, dado que esta oportunidade lhe é concedida pela lei exatamente para possibilitar o amplo entendimento do negócio que está realizando, sendo que, se deixar de ou recusar-se a se inteirar na ocasião propícia, não poderá alegar no futuro que obrou com erro para querer tirar proveito de sua negligência (Rio de Janeiro: Editora Frater et Labor, 2000, p. 97).

No meu entender, o contrato sob análise, ao menos na cláusula ora em debate, não ofendeu o princípio da boa-fé contratual, sendo que a própria lei e a doutrina concebem a existência, em contratos de seguro, de cláusulas restritivas de direito do segurado.

Invoco, aqui, uma vez mais, os doutos ensinamentos de Domingos Afonso Kriger Filho:

> Todavia, urge não confundir cláusula abusiva com cláusula restritiva, esta perfeitamente aceitável pela própria lei de consumo, nos termos do parágrafo 4° do seu artigo 54, restando plenamente válido admiti-la como parte inerente à natureza do contrato de seguro, em que a tônica é a seleção e a limitação dos riscos impostas pela ciência atuarial, a teor dos artigos 1.432 e 1.460 do Código Civil. Desta forma, as eventuais particularizações quanto aos riscos cobertos e abrangências do seguro, desde que condizentes com seu objetivo, não implicam estabelecer para o segurado obrigações consideradas iníquas e exageradas ou, ainda, incompatíveis com a boa-fé e a equidade, pois, se assim não fosse, poder-se-ia ensejar ao mesmo direito a uma cobertura securitária pela qual não pagou o correspondente prêmio, calculado sempre de acordo com os risco assumidos (ob. cit., p. 102).

Embora seja de se impor, em ações dessa natureza, a interpretação restritiva das cláusulas contratuais, verifico que a recusa da seguradora, com base na exclusão do risco, não merece prosperar.

É que, apesar do insucesso das investigações realizadas pela Polícia, culminando no arquivamento do inquérito (f. 168/172), declarou o Ministério Público, à f. 171, estar suficientemente comprovada a materialidade do furto qualificado, não obstante a ausência de identificação da autoria do fato.

Logo, sendo este o órgão mais adequado para aferir os contornos do fato criminoso, priorizam-se as suas conclusões.

Ademais, apesar de as testemunhas terem narrado fatos dos quais simplesmente "ouviram falar" (f. 166/167), sem muita contribuição para a elucidação do sinistro, *data venia*, foram elas unânimes em afirmar que presenciaram as marcas de pneus no chão, mencionadas na inicial, bem como a adoção de medidas preventivas pelo tratorista, a evidenciar o emprego de subterfúgios próprios do crime qualificado.

De outro norte, não vislumbro o alegado agravamento do risco por negligência do requerente/apelado, na medida em que a utilização normal do veículo por seu filho, de modo compatível com a finalidade da máquina, com as cautelas usuais de zelo, além de não evidenciar conduta contrária ao Direito, constitui a mais pura expressão do exercício regular do direito de propriedade.

Conforme entendimento jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça, somente há a perda da garantia do seguro nos casos em que o próprio segurado tenha praticado diretamente o ato que agrave os riscos contratados.

Nesse sentido, destaca-se:

> Contrato de seguro. A perda do seguro, em virtude do agravamento dos riscos, exige procedimento imputável ao próprio segurado. Isso não se verifica se ocorreu acidente em decorrência de comportamento culposo de terceiro, a quem permitiu a utilização do bem segurado, de acordo com as finalidades que lhe eram próprias (REsp 64144/MG, Relator: Ministro Eduardo Ribeiro).

Impende, ainda, registrar a presunção de boa-fé do contratante, não afastada pelos argumentos trazidos pela defesa, bem como anotar a circunstância de que não se pode, a princípio, esperar do segurado conhecimento técnico suficiente para distinguir um furto simples de um furto qualificado, merecendo credibilidade as provas documentais carreadas ao caderno processual.

Deve, então, ser mantida a bem-lançada sentença de primeira instância, excluindo-se, contudo, a multa por litigância de má-fé aplicada ao apelante, já que não evidenciado ou comprovado o dolo inerente à deslealdade processual em comento.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso aviado, unicamente para excluir a multa por litigância de má-fé imposta ao apelante, mantendo quanto ao mais a decisão primeva.

Como o apelado sucumbiu de parte mínima, deverá a seguradora arcar com as custas recursais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CABRAL DA SILVA e GUTEMBERG DA MOTA E SILVA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO EM PARTE.

...

Extinção do processo por abandono da causa - Art. 267, III, do CPC - Não ocorrência - Providências cumpridas pela parte - Ato processual subsequente afeto ao Poder Judiciário - Sentença - Cassação

Ementa: Abandono unilateral do processo. Intimação pessoal do autor. Necessidade de requerimento do réu. Súmula 240, STJ.

- Em se tratando de pessoa jurídica, a intimação pessoal para que seja dado andamento ao feito pode ser efetuada via postal para o endereço constante nos autos, sendo dispensável a entrega ao seu representante legal, devendo, no entanto, ser recebida por pessoa devidamente identificada.

- A extinção do processo por abandono unilateral exige o requerimento expresso do réu. Ausente este, obstada está a extinção, nos termos da Súmula 240 do STJ.

- Cuidando-se de providência cabível ao Judiciário, e não à parte, não há que se falar em extinção do processo por abandono da causa.

Recurso provido. Sentença cassada.

- V.v.: - É cabível ao julgador declarar de ofício a extinção do processo sem resolução de mérito quando a parte autora, permanecendo inerte, descumpre despacho judicial que determinava o prosseguimento do feito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0312.09.012841-3/001 - Comarca de Ipanema - Apelante: Banco Finasa S.A. - Apelado: Ronaldo da Silva Morais - 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, EM DAR PROVIMENTO E CASSAR A SENTENÇA, VENCIDA A REVISORA.

Belo Horizonte, 3 de fevereiro de 2011. - *Antônio de Pádua* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco Finasa S.A., nos autos da ação de busca e apreensão fundada no Decreto-lei 911/69, movida contra Ronaldo da Silva Morais, perante o Juízo da Comarca de Ipanema - Vara Única -, inconformado com os termos da r. sentença de f. 29/30, que julgou extinto no processo, com fulcro no art. 267, III, do CPC, e ainda o condenou ao pagamento das custas processuais.

Em suas razões recursais, aduz, nuclearmente, o apelante que a sentença não pode subsistir e deve ser cassada, com o retorno dos autos à instância para o regular prosseguimento do feito, que praticou todos os atos processuais que lhe competia, juntando a documentação necessária à instrução do feito, de modo que a decisão extintiva do processo se revela extremamente rigorosa, não podendo, por isso prevalecer. Assevera, também, que não houve pedido de extinção do processo por parte do réu, condição imprescindível para o fim, haja vista os termos da Súmula 240 editada pelo STF, e consoante farta jurisprudência deste Tribunal.

Apesar de regularmente intimado, o réu não ofereceu resposta ao recurso.

O preparo se acha comprovado à f. 43.

Conheço da apelação, presentes suas condições de admissibilidade.

Segundo dispõe o art. 267, III, do Código de Processo Civil, extingue-se o processo, sem resolução do mérito, "quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias".

Cuidando-se de previsão do abandono unilateral do processo, que, como causa de sua extinção terminativa, faz-se a intimação pessoal da parte para suprir-lhe a falta, consoante se observa do disposto no § 1º do precitado art. 267,

> § 1º O juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas.

Sobre o tema, a doutrina:

> Segundo a letra do § 1º do art. 267, quer se trate do abandono unilateral ou bilateral, é necessário intimar pessoalmente o autor para suprir a falta em quarenta e oito horas, caracterizando-se definitivamente o abandono se persistir a desídia. Exige-se que a intimação seja pessoal, com o que se evita que o autor pague por eventuais omissões de seu patrono. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. III, p. 134.)

Exigível, portanto, intimação pessoal da parte para suprir a falta no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sendo este o requisito da lei para que ocorra a extinção, podendo, no entanto, a intimação ser feita pela via postal, com observância das cautelas legais.

Nesse sentido, a jurisprudência:

> Processual civil. Apelação. Ação monitória. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Abandono unilateral. Caracterização. Intimação da parte autora. Inteligência do § 1º art. 267 do CPC. Intimação da pessoa jurídica entregue no seu endereço. Permissão. Requerimento da parte contrária ainda não citada. Desnecessidade. Apelo improvido. - A extinção do processo por abandono de causa somente ocorrerá quando a parte permanecer inerte após ter sido intimada pessoalmente para dar andamento ao feito no prazo de 48 horas. A intimação da pessoa jurídica, para que dê andamento ao feito, pode ser feita por carta com AR, e, para tanto, basta a entrega da referida intimação no exato endereço do interessado. Não há falar em impossibilidade de extinção do processo por abandono unilateral, sem requerimento da parte contrária, quando a relação processual ainda não se completou, impedindo, com isso, a discussão sobre a necessidade de manifestação da parte *ex adversa*. (Apelação Cível nº 2.0000.00.503623-5/000, Relatora Desembargadora Márcia De Paoli Balbino, publ. em 18.08.05.)

A intimação da autora ocorreu regularmente, não se afigurando, contudo, providência a respaldar, isoladamente, a sentença extintiva do processo. É que, tanto quanto a intimação pessoal do autor, prevista expressamente em lei, a doutrina e a jurisprudência apontam, para esses casos (extinção do processo por abandono da causa) a necessidade do prévio requerimento do réu como requisito imprescindível.

No âmbito do e. Superior Tribunal de Justiça, a matéria está solidificada, conforme Enunciado da Súmula 240: "A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu".

Trata-se de medida que tem por escopo evitar a desistência tácita da parte, quando já formada a relação processual pela integração do réu ao processo, razão pela qual se torna indispensável, em hipóteses como a dos autos, do prévio requerimento do apelado a viabilizar a extinção do processo.

A respeito da matéria, a jurisprudência vem se posicionando:

> Recurso especial. Processo civil. Processo de execução. Extinção por abandono. Artigo 267, inciso III, do CPC. Ausência de intimação pessoal do credor. Recurso conhecido e provido.
> 1. A extinção do processo por abandono do autor pressupõe o ânimo inequívoco, ante a inércia manifestada quando, intimado pessoalmente, permanece silente quanto ao intento de prosseguir no feito.
> 2. O abandono da causa pelo autor pressupõe o requerimento do réu, entendimento este consubstanciado na súmula 240 deste Superior Tribunal de Justiça.
> 3. Recurso conhecido e provido. (REsp 534214/SC, Relator Ministro Hélio Barbosa, publ. no *DJ* de 21.05.2007, p. 581.)

Inocorrente, na espécie, o requerimento do réu, não há que se falar em extinção do processo.

De todo modo, ainda que houvesse nos autos requerimento por parte do réu, objetivando a extinção do processo por abandono da causa, a sentença não poderia prevalecer, porquanto, uma criteriosa análise dos autos mostra que, na realidade, não houve o alegado abandono, pois a providência processual subsequente a ser tomada cabia ao próprio Judiciário, na pessoa do magistrado, e não à parte.

Com efeito, considerando que a busca e apreensão foi realizada, com a apreensão da moto descrita na inicial, conforme certidão de f. certidão de f. 22 e auto de depósito de f. 23/24, e considerando também que o réu, ora apelado, foi regularmente citado, nos termos da certidão de f. 25, tornando-se revel (certidão f. 27-v.), por óbvio que o apelante já cumpria o seu mister, sendo do próprio juízo a obrigação do passo seguinte, qual seja proferir julgamento de mérito.

À vista do exposto, dou provimento ao recurso para cassar a sentença e determinar o retorno dos autos à comarca de origem, a fim de que seja proferida a sentença de mérito, como está a exigir a fase processual.

Custas, ao final.

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Peço vênia ao eminente Des. Relator para ousar divergir de seu entendimento, pelo que passo a discorrer.

O art. 267, inciso III, do CPC estabelece que será extinto o processo sem resolução de mérito quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 dias. O parágrafo primeiro do mesmo diploma legal determina que o juiz ordene o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas.

Entendo que, em caso de descumprimento de despacho judicial pela parte autora, no sentido de dar prosseguimento ao feito, é cabível ao julgador declarar de ofício a extinção do processo sem resolução do mérito.

Dessa forma, não há exigência legal de que tenha de haver requerimento do réu para o juiz determinar a extinção do feito, visto que, em caso de descumprimento de despacho judicial pela parte autora, no sentido de dar prosseguimento ao feito, é cabível ao julgador declarar de ofício a extinção do processo sem resolução do mérito.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso e mantenho íntegra a r. sentença.

Custas, pelo apelante.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO E CASSARAM A SENTENÇA, VENCIDA A REVISORA.

...

Ação monitória - Nota promissória assinada em branco - Preenchimento posterior - Possibilidade - Súmula 387 do STF - Falecimento do emitente - Mandato tácito - Extinção - Dívida - Inexigibilidade

Ementa: Apelação. Monitória. Nota promissória. Assinatura em branco. Falecimento. Preenchimento posterior. Mandato tácito. Extinção pela morte. Inexigibilidade.

- Admite-se a assinatura em branco de cambial e seu preenchimento posterior pelo credor, caracterizando-se o mandato tácito. Comprovado que o título foi preenchido pelo credor após a morte do mandatário, revela-se inexigível a dívida em razão da extinção do mandato tácito outorgado com a assinatura em branco da cártula.

- V.v. Não tendo o espólio devedor comprovado que a nota promissória objeto da ação monitória foi preenchida após o falecimento de seu emitente, não há que se falar em revogação do mandado tácito concedido ao credor, devendo, consequentemente, ser constituído o título executivo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0487.05.014273-5/001 - Comarca de Pedra Azul - Apelante: Valdinei Alves de Almeida - Apelado: Espólio de Arestides Porto Neto - Lltisconsorte: Andressa Santos Porto. 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, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 10 de novembro de 2010. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

DES. MARCELO RODRIGUES - Cuida-se de apelação interposta por Valdinei Alves de Almeida em face da sentença de f. 80/87-TJ, pela qual o Juiz singular acolheu os embargos e julgou improcedente o pedido inicial na ação monitória que move contra o espólio de Arestides Porto Neto, condenando-o ao pagamento das custas e honorários de sucumbência fixados em R$2.000,00 (dois mil reais).

Em suas razões recursais de f. 88/97-TJ, o apelante alega que a sentença merece reforma, Visto que provou que agiu com boa-fé, e que a assinatura em branco do título de crédito não obsta o preenchimento posterior, desde que antes da propositura da ação. Aduz que provou que o falecido adquiria produtos em seu comércio, e que confessou para terceiros a dívida descrita no título, sendo que a testemunha Geraldo Vieira Saroa confirmou os termos de suas alegações. Aponta que as demais testemunhas também afirmaram que o falecido realizava compras no seu estabelecimento. Destaca que a testemunha Sílvio Rodrigues Veloso afirmou que o apelante teria confessado dívida menor, mas que tal alegação é contraditória, pois já teria proposto a presente ação. Pugna pela reforma com a procedência do pedido.

Preparo do recurso à f. 99-TJ.

Contrarrazões às f. 101/105-TJ, pelo não provimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Em que pese os argumentos alinhavados pelo apelante em seu recurso, não há como reformar a sentença.

O apelante propôs a ação monitória embasada em nota promissória com valor de uma dívida de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), preenchida à maquina de escrever, com data de emissão de 20 de dezembro de 2001, vencimento em 20 de junho de 2002, e como emitente Arestides Porto Neto.

A presente ação foi proposta somente em 13.04.2005, sendo que foi citado o espólio do emitente, considerando-se que seu falecimento ocorreu em 17.02.2002.

O Juiz singular acolheu os embargos à monitória e julgou improcedente o pedido inicial por entender que a nota promissória foi preenchida posteriormente ao falecimento do emitente, e, ainda que o preenchimento posterior seja admitido na doutrina e na jurisprudência, no caso, pelo falecimento do emitente, o mandato tácito para tanto foi extinto, o que afasta o direito do apelante.

Pois bem.

Com efeito, em análise das provas produzidas no presente caso, não há como reformar a sentença do Juiz singular.

Não só as testemunhas, mas também o apelante não foram capazes de corroborar com convicção os fatos narrados na inicial com relação ao preenchimento da nota ter ocorrido antes do falecimento do emitente.

O Juiz singular cuidou de apontar as causas que levam a tal convencimento:

Sobre o ponto, anoto inicialmente uma estranha alegação constante da inicial: apesar de se tratar de cidade pequena, havendo única vara na Comarca, a inicial diz que demorou mais de três anos para propositura da presente porque: "não se sabia o endereço do espólio".

O réu (diga-se autor), em depoimento pessoal, ao contrário, disse que demorou para propor a presente porque um advogado anterior tomou as providências devidas. Diz, ainda, que procurou os herdeiros anteriormente porque o caso já estava entregue a advogado (f. 61/62).

Em depoimento pessoal o autor confessou que a nota promissória foi assinada em branco, mas posteriormente preenchida na presença do falecido, da testemunha Geraldo Vieira e de outras pessoas.

Referida testemunha, à f. 64, contudo, negou ter presenciado o preenchimento da nota promissória.

> Notadamente, a testemunha Geraldo Vieira Saora, em seu depoimento de f. 64-TJ, afirmou que:
> - que presenciou Arestides e o autor "acertando um negócio", mas não presenciou a assinatura da nota promissória; que este acerto se deu uns dois ou três anos antes da morte, salvo engano, porque não se recorda exatamente; [...]
> que sabe exatamente o teor do acerto entre autor e Arestides, sendo que o próprio depoente tinha negócios com Arestides; que se recorda que Arestides reconheceu uma dívida, em valor superior a R$ 30.000,00.

Há que se destacar que o próprio apelante confessa que Arestides lhe repassou um imóvel para paga-

mento de dívida anterior, e que, se havia confessado débito superior ao valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), por qual motivo a nota seria preenchida somente com esta quantia como devida?

Ademais, o ponto substancial é o fato de que o apelante alega que houve a assinatura em branco e o preenchimento da nota ocorreu posteriormente, f. 61-TJ:

> - que para fazer o acerto foram somadas as notas das despesas; que um primeiro débito do falecido foi pago com um imóvel, que foi passado ao depoente por Geraldo; que mesmo com o imóvel ainda sobrou um valor a ser pago, sendo que posteriormente foi feito acordo; que Aristides assinou a nota promissória em branco, mas ela foi preenchida na presença dele; [...]

Verifica-se, então, que além da contradição entre os valores alegados e aquele preenchido na nota, há confissão a respeito do preenchimento posterior.

O Juiz singular, utilizando das balizas da experiência comum, atento à condução probatória no feito, restou convencido de que o preenchimento da nota ocorreu somente após o falecimento do emitente, f. 84-TJ:

> Não comprovado o preenchimento da nota promissória na presença de Geraldo Vieira, como alegou o autor, a experiência comum permite concluir que tal se deu apenas após a morte de Arestides, quando o autor, enfim, resolveu cobrar seu alegado crédito. Mais que resolver cobrar, por conta própria escolheu o valor e não teve condições de provar como a ele chegou. [...]
> O impresso utilizado, contudo, mostra modelo velho de nota promissória, tanto que fazia referência a moeda extinta antes de 1994 (Cr$ - f. 07).
> Por tudo isso, lembrando-me bem da audiência, não tenho dúvida de que o preenchimento da nota promissória se deu posteriormente à morte do emitente do título.

Neste sentido, em que pese o reconhecimento da validade da assinatura em branco e a legalidade do preenchimento posterior da cambial, nos contornos da Súmula 387-STF, o que revela a ineficácia do documento é a extinção do mandato tácito operado pela morte do mandante, nos exatos termos do art. 682, inciso I, do Código Civil de 2002.

E, uma vez reconhecido que o preenchimento ocorreu após a morte do emitente, não haveria como conferir validade ao documento como prova escrita de dívida, até mesmo pelo fato de não ter absoluta certeza de seu valor constituído.

Ressalto que, em minuciosa atenção aos precedentes colacionados pelo apelante, verifica-se semelhança de causa quanto ao fato de o título ter sido assinado em branco e preenchido posteriormente pelo credor. Porém, se distancia deste em análise pelo fato de no lapso temporal entre a assinatura e o preenchimento, o devedor que outorgou tacitamente o poder para o preenchimento, ter falecido, o que revela a não aplicação ao caso.

Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

DES. MARCOS LINCOLN - Trata-se de apelação interposta por Valdinei Alves de Almeida da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Pedra Azul, que acolheu os embargos apresentados pelo espólio de Arestides Porto Neto e julgou improcedentes os pedidos deduzidos na ação monitória.

Em seu voto, o il. Relator, Desembargador Marcelo Rodrigues, negou provimento ao recurso, para manter a sentença hostilizada, sob o fundamento de que a nota promissória objeto da ação monitória teria sido preenchida após a morte de seu emitente.

Data venia, ouso divergir de Sua Excelência.

No caso dos autos, é fato incontroverso que Arestides Porto Neto emitiu uma nota promissória em branco em favor do ora apelante.

Como se sabe, a emissão de nota promissória em branco é admitida tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, podendo ser preenchida posteriormente pelo credor, em virtude de mandato tácito a ele outorgado pelo devedor.

Na hipótese vertente, a nota promissória de f. 07 foi emitida em 20 de dezembro de 2001, com data de vencimento em 20 de junho de 2002.

No entanto, o emitente veio a falecer em 18.02.2002, ou seja, antes do vencimento do título.

Em que pese os fundamentos adotados pelo eminente Relator, *concessa venia*, a meu ver, não restou comprovado nos autos que a cambial foi preenchida após o falecimento do emitente.

A testemunha Geraldo Vieira Saroa afirma que não presenciou o preenchimento da nota promissória, mas que se recorda que Arestides (emitente), dois ou três anos antes de sua morte, reconheceu uma dívida com o apelante em valor superior a R$ 30.000,00 (valor da nota promissória), *in verbis*:

> que o falecido Arestides era muito amigo do depoente; (...) que presenciou Arestides e o autor 'acertando um negócio', mas não presenciou a assinatura da nota promissória; que este acerto se deu uns dois ou três anos antes da morte, (...) que recorda que Arestides reconheceu uma dívida, em valor superior a R$ 30.000,00; que a origem da dívida eram fornecimentos de alimentos e dinheiro a empregados de Arestides por ordem de Arestides (*sic* - f. 64).

Ora, em se tratando a nota promissória de espécie de título de crédito, mesmo que prescrita, milita a favor do credor a presunção de certeza do direito representado na cártula em virtude do princípio da incorporação, competindo ao devedor a comprovação da inexigibilidade da obrigação por meio de prova robusta e indubitável.

A propósito, a respeito da matéria, já decidiu este egrégio Tribunal:

> Apelação cível. Ação anulatória de título de crédito c/c repetição de indébito. Nota promissória assinada e em branco. Autonomia e abstração. Necessidade de prova cabal para desconstituição do título. Litigância de má fé. Inocorrência. Recurso improvido. - A nota promissória, preenchida posteriormente, mas assinada, ainda que antes do preenchimento, goza de presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, que somente poderá ser desconstituída pelo devedor mediante prova eficiente e irrefutável da abusividade ou fraude no preenchimento. A discussão da *causa debendi* é reconhecidamente possível quando tenha ela por fundamento título de crédito extrajudicial, mas não basta, porém, a parte alegar vício ou outra irregularidade na *causa debendi* do título de crédito. Tem a parte, que a alegar e demonstrar com provas convincentes da ausência de relação jurídica [...] (TJMG. 14ª Câmara Cível. Apelação nº 1.0194.08.090801-6/001. Rel. Des. Rogério Medeiros, *DJe* de 18.05.2010 - ementa parcial).

Sendo assim, diante da presunção de certeza do título, e, não havendo prova nos autos de que a nota promissória foi preenchida após o falecimento do emitente, não há que se falar em revogação do mandato tácito concedido ao credor, devendo, portanto, ser reformada a sentença hostilizada.

Mediante tais considerações, renovando vênia, dou provimento ao recurso, para reformar a sentença e rejeitar os embargos, julgando procedente o pedido monitório, constituindo de pleno direito o título executivo judicial no valor de R$30.000,00 (trinta mil reais), que deverá ser corrigido monetariamente pelo índice da Tabela da Corregedoria de Justiça, desde o ajuizamento da ação, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Via de consequencia, fica o espólio embargante e ora apelado condenado ao pagamento da integralidade das custas, inclusive recursais, e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

DES. WANDERLEY PAIVA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O REVISOR.

...

Água de córrego - Uso doméstico - Alteração para uso em agronegócio - Prejuízo na utilidade - Impossibilidade - Sentença - Nulidade - Decisão *citra petita* - Carência de resolução obrigatória - Inocorrência

Ementa: Reintegração de posse. Córrego. Água. Uso doméstico. Agronegócio.

- A água de córrego que se mostra ao longo do tempo compartilhada exclusivamente para uso doméstico não pode ter essa utilidade obstada pelo proprietário da área da nascente. A extensão dessa água para agronegócio que somente interessa a um dos usuários, pela escassez que essa nova utilidade potencialmente causará para os demais beneficiários domésticos, diante da pequena capacidade do córrego, não pode ser tutelada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0358.07.014507-5/001 - Comarca de Jequitinhonha - Apelante: Augusto Timo Murta - Apelado: Jouber Reovaldo Botelho - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 30 de março de 2011. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SALDANHA DA FONSECA - Conheço do recurso porque próprio e tempestivo.

Preliminar.

Da sentença *citra petita*.

O apelante alega nula a sentença recorrida, porquanto *citra petita*, isto é, não se pronunciou sobre o pedido de canalização da água em tubo de PVC de 4 (quatro) polegadas.

A sentença é *citra petita* quando não examina todas as questões propostas pelas partes. Assim, é nula porque apenas soluciona uma das questões propostas.

O apelante requereu a reintegração na posse (religamento da água) e que também fosse concedido o direito de captação da água em tubulação subterrânea, com diâmetro de 4 (quatro) polegadas, em substituição ao canal a céu aberto usado atualmente.

A segunda parte do pedido de religamento da água, ou seja, a captação em tubulação subterrânea, não permitido o uso doméstico, não carecia de resolução obrigatória. Ou seja, não estendido o uso da água para agronegócio e apenas mantido o uso doméstico de costume, não é possível falar em sentença *citra petita*, porque a segunda questão, captação em tubulação, não exigia resolução obrigatória.

Rejeita-se a preliminar.

Mérito.

A análise dos autos revela que o apelante acusa o

apelado de obstruir a passagem de água proveniente de um córrego localizado na sua propriedade e que há muitos anos utiliza para uso doméstico e atividade rural.

Pedido julgado parcialmente procedente, para confirmar a liminar, determinando a reintegração de posse no curso de água oriundo da nascente existente no imóvel do apelado, para atendimento de suas necessidades da vida, ou seja, tão somente para o abastecimento da sede da propriedade do apelante (f. 196/206).

O apelante sustenta que a água oriunda da propriedade do apelado é utilizada desde há muitos anos, em volume igual ou até mesmo superior, para o agronegócio, sem prejuízo algum para o apelado. Nesse sentido é a prova oral. A determinação de uso da água apenas para uso doméstico não atende às suas necessidades, uma vez que, assim como seus antecessores, possui agronegócio vinculado diretamente à disponibilidade da água.

A prova oral (f. 185/189) possibilita afirmar que a captação de água pelo apelante sempre foi para uso doméstico, pois assim era antes de sua posse.

Prova segura no sentido de que o apelante sempre utilizou a água do córrego da propriedade do apelado para uso doméstico, e agronegócio não consta dos autos (CPC, 333, I).

O conjunto fotográfico (f. 48/53 e f. 89/101) não autoriza estender o uso da água para agronegócio.

Importante perceber que a nascente é de pequena capacidade (f. 99/101), e a distribuição da água para uso doméstico deve ser cautelosa, para que o direito à vida não seja violado.

Nesse contexto, a sentença recorrida, por garantir ao apelante o uso doméstico da água do córrego da propriedade do apelado, que a tanto não se opõe, a lide resolveu de modo correto.

Concluindo, a água de córrego, que se mostra ao longo do tempo compartilhada exclusivamente para uso doméstico, não pode ter essa utilidade obstada pelo proprietário da área da nascente; a extensão dessa água para agronegócio que somente interessa a um dos usuários, pela escassez que essa nova utilidade potencialmente causará para os demais beneficiários domésticos, diante da pequena capacidade do córrego, não pode ser tutelada.

Com tais razões, nego provimento à apelação, para confirmar a sentença recorrida.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DOMINGOS COELHO e JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Apelação cível - Intempestividade - Ilegitimidade passiva - Não ocorrência - Indenização - Acidente de trânsito - Concessionária de serviço público - Responsabilidade objetiva - Danos moral e estético - Lucros cessantes - Não configuração - Honorários advocatícios - Minoração - Impossibilidade

Ementa: Apelação cível. Intempestividade. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Indenização. Acidente de trânsito. Concessionária de serviço público. Responsabilidade objetiva. Danos morais e estéticos. Lucros cessantes. Inocorrência. Honorários. Minoração. Impossibilidade.

- Não é intempestiva a apelação protocolizada quando pendente o julgamento de embargos declaratórios e que não foi ratificado, uma vez que tal medida se mostra desnecessária.

- As empresas concessionárias de serviços públicos respondem, objetivamente, pelos danos que causarem a terceiros.

- O valor da reparação relativa ao dano moral não deve constituir enriquecimento sem causa do ofendido, mas deve ser desestímulo à repetição da conduta danosa do ofensor. Com relação aos lucros cessantes, é indispensável a prova objetiva da sua ocorrência, não bastando mera expectativa, pois não se trata de dano hipotético.

- O valor fixado a título de honorários só comporta minoração quando a sentença o fixar em valor exorbitante.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0026.07.028688-0/001 - Comarca de Andradas - Apelante: Renovias Concessionária S.A. - Apelado: Alberto Matias da Silva - Litisconsorte: Itaú Seguros S.A. - 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 Maurílio Gabriel, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2011. - *Tibúrcio Marques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIBÚRCIO MARQUES - Trata-se de apelação cível interposta por Renovias Concessionária S.A., contra

sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Andradas, nos autos da "ação de indenização", manejada em desfavor de Renovias Concessionária S.A., em face de o autor ter sofrido um acidente na rodovia de responsabilidade da ré.

Adoto o relatório da sentença e esclareço que o MM. Juiz julgou procedente o pedido, para condenar a ré a pagar ao autor a quantia de R$16.550,00 (dezesseis mil quinhentos e cinquenta reais), referente aos danos materiais, lucros cessantes e danos morais de igual valor, tudo corrigido desde a citação.

Impôs o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento), sobre o valor da condenação, pela ré.

Inconformada, a apelante sustenta que cabia ao autor localizar o dono dos animais que acarretaram o acidente envolvendo aquele.

Defende que não possui culpa pelo evento danoso.

Afirma que, se o autor estivesse conduzindo seu veículo com a velocidade de segurança, não haveria acidente.

Com isso afirma que inexiste prova acerca dos lucros cessantes.

Aduz que é parte ilegítima para compor o polo passivo da ação, haja vista que a responsabilidade é do dono dos animais.

Afirma que os danos morais deverão ser afastados e, caso mantida a sentença, seja minorada a quantia arbitrada.

De igual forma pugna pela minoração dos honorários advocatícios.

Postula o provimento do recurso, com a reforma da r. sentença recorrida, nos termos supramencionados.

Devidamente intimado, o apelado apresentou suas contrarrazões ao recurso interposto (f. 383/391), nas quais rebate os argumentos do apelante, requerendo seja negado provimento ao apelo e mantida a r. sentença primeva. Requereu o não conhecimento do recurso, uma vez que interposto antes do início do prazo recursal.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

- Da preliminar de não conhecimento do recurso.

Em contrarrazões recursais, o autor, ora apelado, aduz que o recurso foi interposto antes da decisão proferida nos embargos de declaração (f. 352/353), e que, como as razões não foram ratificadas após a decisão dos embargos, o recurso não deve ser conhecido.

A decisão dos embargos foi publicada em 02.07.2010, data posterior ao protocolo da apelação.

Todavia o apelado não tem razão, pois a ratificação das razões do recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração não é obrigatória, sendo mera opção do recorrente que poderá inclusive aditar o recurso, caso no julgamento dos embargos a decisão tenha se tornado mais gravosa.

Nesse sentido, é a lição de Theotônio Negrão:

> O recurso interposto por uma das partes, quando já interrompido o prazo em razão de embargos de declaração opostos pela outra, não precisa ser ratificado após o julgamento dos embargos. Assim: 'Dispensável a ratificação das razões do recurso especial quando este foi interposto dentro do prazo de interrupção ocasionado pela oposição de embargos de declaração da parte contrária' (STJ-1ª Turma, REsp 474.513-RJ-AgRg, Rel. Min. José Delgado, j. em 15.4.03, negaram provimento, v.u., *DJU* de 9.6.03, p. 183).

Seguindo o mesmo entendimento já se manifestou esta 15ª Câmara Cível:

> Indenização. Apelação. Tempestividade. Desnecessidade de ratificação das razões. [...] Em caso de interposição antecipada da apelação pelo embargado, principalmente quando o julgamento proferido em sede de embargos de declaração em nada altera a sentença proferida, desnecessária é a ratificação das razões recursais, não havendo se falar em intempestividade do recurso. [...]. (AC 1.0471.06.071713-2/001, 15ª CaCív/TJMG, Rel. Des. José Affonso da Costa Cortês, p. em 24.09.2008).

> Embargos do devedor - Apelação interposta na pendência de julgamento de embargos de declaração - Desnecessidade de ratificação [...] - O recurso interposto por uma das partes, quando já interrompido o prazo em razão de embargos de declaração opostos pela outra, não precisa ser ratificado após o julgamento dos embargos [...] (AC 1.0024.05.812319-1/001, 12ª CaCív/TJMG, Rel. Des. Alvimar de Ávila, p. em 19.04.2008).

Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, aviados embargos declaratórios e interrompido o prazo para outras modalidades recursais, na forma do art. 538 do CPC, eventual recurso cabível deve ser interposto após o julgamento dos embargos ou, se interposto antes, reiterado após a prolação da decisão dos embargos, sob pena de não conhecimento.

Trata-se da tese do "recurso prematuro", fundado na intempestividade *ante tempus*. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça não aplica a preclusão consumativa, permitindo à parte que já recorreu, após o julgamento dos embargos de declaração interpostos pela parte contrária, reiterar os termos do recurso especial já interposto, o que seria suficiente para sanar o vício da intempestividade.

Por oportuno, citam-se recentes precedentes do STJ:

> Agravo regimental. Ação de indenização. Recurso especial. Extemporaneidade. Ocorrência. Tempestividade. Ausência de impugnação dos fundamentos. Súmula STJ/182. Recurso improvido.

> I. Afigura-se prematuro e não exauriente da instância ordinária, o Recurso Especial interposto antes do julgamento dos Embargos de Declaração, ainda que estes tenham sido opostos pela parte contrária, salvo se reiterado posteriormente no prazo recursal.
> [...] III. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 694.690/MS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 24.11.2009, *DJe* de 30.11.2009.)

> Civil e processual. Ação de indenização. Recurso especial da autora prematuro. Não conhecimento. [...] - I. É inoportuno o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos declaratórios, ainda que opostos pela parte contrária, quando não há posterior reiteração. Precedente. [...] - IV. Recursos especiais não conhecidos. (REsp 941.752/MT, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 20.10.2009, *DJe* de 30.11.2009.)

Verifica-se que tal orientação, *concessa venia*, deve ser seguida em relação ao recebimento de recurso especial, que exige considerações a respeito do momento em que se aperfeiçoa "a última decisão", contra a qual caberá o recurso especial, nos termos da Constituição da República.

Tratando o caso de apelação contra sentença de primeiro grau, rejeito a preliminar.

- Do mérito.

Da análise pormenorizada do caderno processual, vislumbra-se que a pretensão recursal não merece acolhida.

Primeiramente, registre-se que, em que pese o litisconsorte Itaú ter interposto agravo retido, o mesmo não apresentou recurso de apelação, porquanto referido recurso não será analisado.

Com relação à preliminar de ilegitimidade passiva, a mesma será analisada em conjunto com o mérito.

O posicionamento que se vem consolidando neste Tribunal é o de que a responsabilidade da concessionária de serviço público é objetiva e deve ser analisada sob a égide do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, que determina que:

> 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.

Sendo a apelada concessionária de serviço público, responde objetivamente pelos danos sofridos por eventuais usuários da rodovia, de cujo trecho detém a concessão.

Isso porque a responsabilidade da apelante se sobressai e absorve a responsabilidade do dono dos animais, uma vez que, por força do contrato de concessão celebrado, como contraprestação à vantagem pecuniária percebida em razão do pedágio pago pelos usuários, impõe-lhe o dever legal de zelar não só pela qualidade da rodovia, mas, também, pela segurança de sua utilização.

Por derradeiro, não se sabe quem é, de fato, o dono dos animais.

Nesse diapasão, inclui-se a adoção das medidas preventivas necessárias para coibir a invasão da pista por animais oriundos das propriedades limítrofes, mormente os de grande porte, como no caso dos autos.

Nesse sentido, é o entendimento também do Superior Tribunal de Justiça, REsp 467883/RJ, tendo como Relator o Ministro Carlos Alberto Direito:

> Concessionária de rodovia. Acidente com veículo em razão de animal morto na pista. Relação de consumo. As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela própria natureza do serviço. No caso, a concessão é, exatamente, para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia, assim, por exemplo, manter a pista sem a presença de animais mortos na estrada, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em tranquilidade e segurança. Entre o usuário da rodovia e a concessionária, há mesmo uma relação de consumo, com o que é de ser aplicado o art. 101 do Código de Defesa do Consumidor.

Para aferição da responsabilidade objetiva, bastaria, portanto, a prova da relação causal entre o ato praticado pela concessionária e o dano, prescindindo-se da análise de culpa.

Assim, afastada a discussão em torno da culpa aquiliana da empresa e não demonstrada a ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, que a exima da sua responsabilidade objetiva, o fato narrado na inicial, em si, é suficiente para justificar as indenizações pleiteadas, bem como o BO (f. 12/13).

Afasta-se, por conseguinte, a ilegitimidade passiva da ré.

- Do dano moral.

In casu, o dano moral consubstancia-se no próprio trauma sofrido e suas consequências, visto que tais ocorrências geram, sem dúvida, tristeza, angústia e preocupação, afetando o estado psíquico do apelado, justificando o dever de indenizar por parte daquele que deu causa a esse abalo emocional. O montante de reparação deve ser razoavelmente expressivo para satisfazer, ou compensar, o dano e a injustiça que a vítima sofreu, proporcionando-lhe uma vantagem, com a qual poderá atenuar parcialmente seu sofrimento.

Não obstante, a condenação tem, também, um componente punitivo e pedagógico, refletindo no patrimônio do ofensor, como um fator de desestímulo à prática de novas ofensas.

Dessa feita, é imprescindível que se faça um juízo de valoração da gravidade do dano, da culpa e da situação econômico-financeira das partes, dentro das circunstâncias do caso concreto, de modo que não se arbitre uma indenização exorbitante, nem insignificante, mas dentro de limites razoáveis, jamais podendo converter-se em fonte de enriquecimento sem causa.

In casu, diante das peculiaridades demonstradas acima, os danos morais fixados em R$5.000,00(cinco mil reais) deverão ser mantidos.

- Dos lucros cessantes.

Com efeito, para deferimento deste tipo de indenização, é indispensável a prova objetiva da sua ocorrência, não bastando mera expectativa, pois não se trata de dano hipotético.

Nesse sentido, a lição de Rui Stoco:

> Para que surja o direito de indenização, o prejuízo deve ser certo. É a regra essencial da reparação.
> [...]
> O critério mais acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto (In *Responsabilidade civil*.4. ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 752/753).

Nossos tribunais, também, se manifestam nesse sentido:

> Os lucros cessantes só podem ser ressarcidos mediante prova efetiva de sua ocorrência. A ausência de demonstrativo contundente de perda constitui óbice ao reconhecimento dessa modalidade de indenização, pena de se propiciar ao requerente enriquecimento ilícito e ao requerido uma indevida subtração em seu patrimônio (Apelação Cível nº 222.859-1, 3ª Câmara Cível, Relatora Juíza Jurema Brasil Marins, j. em 11.09.96, unânime).

E, ainda:

> Para que ocorra o direito aos lucros cessantes, a título de perdas e danos, deve-se comprovar haver, com certeza, algo a ganhar, uma vez que só se perde 'o que se deixa de ganhar' (cf. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XXV, p. 23). Aliás, estabelece o art. 1.059 do Código Civil que a perda indenizável é 'o que razoavelmente deixa de ganhar', sendo de se exigir venha o esbulhado demonstrar haver possibilidade precisa de ganho, sem o que não há que se falar em lucros cessantes (1º TACSP - 3ª C. - Ap. 476.842/1 - Rel. Antônio de Pádua Ferraz Nogueira - j. em 01.06.93, *apud* Rui Stoco, ob. cit., p. 748).

Compulsando os autos, verifico que não há comprovação de que o apelante exercia atividade laboral, percebendo R$1.000,00 (mil reais) mensais. Com isso, não há o que se falar em lucros cessantes.

- *Dos honorários advocatícios*.

Insurge-se, ainda, a apelante a despeito do montante arbitrado na sentença a título de honorários advocatícios.

Tem-se que o valor arbitrado é proporcional.

Nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, o percentual mínimo de condenação a título de honorários é de 10%, e o máximo é de 20%

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência:

> O patrocínio profissional deve encontrar remuneração condizente com a nobre e elevada função exercida pelo advogado, devendo o juiz fixar seus honorários de acordo com a complexidade da causa, o conteúdo do trabalho jurídico apresentado e a maior ou menor atuação no processo. Se a causa é julgada antecipadamente, pela ausência de contestação, não é aconselhável sejam os honorários fixados no seu percentual máximo, vez que reduzido foi o trabalho profissional do advogado na causa (Ap. Cív. 5823, Rel. Des. Oto Sponholz, Primeira Câmara Cível do TJPR, *Juis - Jurisprudência Informatizada Saraiva* - CD-ROM nº 15).

Considerando a natureza e a importância da causa e o grau de zelo do procurador do apelado, com base nos princípios da proporcionalidade, tem-se que o percentual arbitrado é razoável, razão pela qual será mantido.

Forte na argumentação supra, rejeito as preliminares e dou parcial provimento à apelação, para afastar a condenação da apelante ao pagamento dos lucros cessantes.

Como o autor decaiu de parte mínima do pedido, custas, inclusive recursais e honorários, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TIAGO PINTO e MAURÍLIO GABRIEL.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

...

Cheque - Devolução - Alínea 35 - Rasura nos algarismos - Instituição financeira - Exercício regular de direito - Dano moral - Inviabilidade

Ementa: Ação de indenização por danos morais. Emissão de cheque com rasura nos algarismos escritos. Devolução. Alínea 35. Exercício regular de direito da instituição financeira. Reparação por dano moral. Inviabilidade. Ausência de ato ilícito. Sentença mantida.

- A Lei nº 7.357/1985 (Lei do Cheque) dispõe sobre a regulamentação e manejo desse título cambial, onde é apontada a existência de seus requisitos essenciais que lhe conferem validade e existência.

- Apesar de não se tratar de rasura grosseira, pode o banco, no exercício regular do seu direito e visando se ausentar de possível responsabilidade pelo pagamento indevido, devolver o cheque pela alínea 35.

- Nesses casos, não há que se falar em ato ilícito indenizável, visto que, como já dito alhures, o cheque foi

devolvido por motivo justificado e causado pela própria autora.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0439.09.104716-7/001 - Comarca de Muriaé - Apelante: Cláudia Berbet Ferreira - Apelado: HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo - 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 AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de janeiro de 2011. - *Wanderley Paiva* - Relator.

DES. WANDERLEY PAIVA (Relator) - Trata-se de recurso de apelação interposta em face da sentença de f. 98/100, proferida pelo MM. Juiz Vitor José Trócilo Neto da 1ª Vara Cível da Comarca de Muriaé, que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Cláudia Berbert Ferreira contra HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo, julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando a autora ao pagamento dos ônus sucumbenciais, restando suspensa a exigibilidade nos termos da Lei 1.060/50.

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação, f. 105/111, aduzindo, em síntese, que emitiu para pagamento um cheque no valor de R$ 483,74, que, quando da emissão, fez uma leve rasura no preenchimento dos algarismos do cheque, sendo que escreveu o valor por extenso de forma correta. Aduz que, quando da apresentação do cheque, não foi possível a compensação, sendo o cheque devolvido por rasura ou fraude. Destaca que, se houve rasura, o valor que vale é o descrito na parte por extenso, o que estava correto. Alegou que sofreu inúmeros transtornos, visto que, em razão do cheque devolvido, perdeu o prazo para pedidos da empresa Natura, da qual é representante e sua única fonte de renda. Com tais considerações, pugnou pelo provimento do apelo, com a consequente reforma da decisão proferida.

Ausente de preparo, por estar a autora litigando sob o pálio da assistência judiciária, f. 100.

Intimado, o réu apresentou contrarrazões, f. 114/118, pugnando pela manutenção da sentença.

Em síntese, é o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Primeiramente, observa-se que a insurgência recursal se cinge ao suposto ato ilícito cometido pelo banco apelado, ao devolver um cheque que continha rasura nos algarismos escritos.

Sustenta a apelante que, apesar da "leve" rasura havida, escreveu por extenso o valor correto a ser pago.

Pois bem.

É importante destacar que é da essência do cheque o formalismo. Nesse sentido, a Lei nº 7.357/1985 (Lei do Cheque) dispõe sobre a regulamentação e manejo desse título cambial, onde é apontada a existência de seus requisitos essenciais, que lhe conferem validade e existência.

De acordo com a Lei do Cheque (art. 39, parágrafo único, da Lei nº 7.357/1985), o banco sacado, contra o qual o cheque é emitido, é o responsável pelo pagamento do cheque falso, falsificado ou alterado, ressalvada a hipótese de dolo ou culpa do correntista, *in verbis*:

> Art. 39. O sacado que paga cheque 'à ordem' é obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, mas não a autenticidade das assinaturas dos endossantes. A mesma obrigação incumbe ao banco apresentante do cheque à câmara de compensação.
> Parágrafo único. Ressalvada a responsabilidade do apresentante, no caso da parte final deste artigo, o banco sacado responde pelo pagamento do cheque falso, falsificado ou alterado, salvo dolo ou culpa do correntista, do endossante ou do beneficiário, dos quais poderá o sacado, no todo ou em parte, reaver a que pagou.

Portanto, em havendo a apresentação de cheque falso, falsificado ou alterado, em caso de pagamento, o banco responderá pelos prejuízos causados.

Fato incontroverso nos autos é a rasura existente na cártula, conforme se denota da f. 21.

Apesar de não tratar-se de rasura grosseira, pode o banco, no exercício regular do seu direito e visando se ausentar de possível responsabilidade pelo pagamento indevido, devolver o cheque pela alínea 35.

Nesse passo, a atuação do banco/apelado não discrepa das normas do Código de Defesa do Consumidor, que impõe a prestação de serviço de qualidade, tendo em vista que a devolução do aludido cheque em razão da rasura existente voltou-se para proteção de seu próprio correntista.

Esse é o entendimento jurisprudencial:

> Direito comercial, do consumidor e processual civil. Apelação. Ação ordinária de indenização por danos morais. Preliminar que se confunde com o mérito da causa. Compensação de cheque. Devolução pelo motivo 35. Constatação de adulteração no preenchimento da cártula. Suposição de fraude. Culpa exclusiva do beneficiário. Dano moral. Inocorrência. Indenização. Descabimento. Apelação provida.
> I - A recusa de compensação de cheque e sua devolução por motivo relacionado ao código 35 da tabela de Resolução do Banco Central não caracteriza, por si só, ilícito ou defeito indenizável se o cheque contém adulteração que faz supor a ocorrência de fraude.
> II - A prova apresentada para ensejar o pedido de indenização, concernente à cópia do cheque devolvido, não é suficiente para demonstrar a falha na prestação do serviço bancário, tendo em vista que a devolução do aludido cheque, que ocorreu em razão da adulteração aparente de

seu preenchimento, voltou-se para proteção do correntista do banco, no caso, a pessoa emitente do título, tendo como supedâneo as normas expedidas pelo Banco Central do Brasil - Bacen.
III - Verificada a inocorrência de violação do direito do consumidor e da dignidade da pessoa humana.
IV - Apelação provida (TJMA - Ap. Cível nº. 17.160/2009 - Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva - 2ª CC - j. em 25.08.2009).

Nesse diapasão, tenho que o banco apelado não praticou nenhum ato ilícito capaz de gerar o dever de indenizar e, nesse sentido, sabe-se que, para se falar em indenização, devem-se observar três aspectos, que são: a ilicitude do ato praticado, já que os atos regulares de direito não ensejam reparação; o dano, ou seja, a efetiva lesão suportada pela vítima; e o nexo causal, sendo este a relação entre os dois primeiros, o ato praticado e a lesão experimentada, sendo que a inexistência de quaisquer desses pressupostos impossibilita a reparação do dano ante a ausência do fato-consequência.

Vejamos o que a doutrina preconiza:

> Deve, pois, o agente recompor o patrimônio (moral ou econômico) do lesado, ressarcindo-lhe os prejuízos acarretados, à custa do seu próprio, desde que presente a subjetividade no ilícito (FELIPE, J. Franklin Alves. *Indenização nas obrigações por atos ilícitos*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, p. 13, 1995).

E ainda:

> Consiste a responsabilidade civil na obrigação que tem uma pessoa - devedora - de reparar os danos causados a outra - credora - dentro das forças de seu patrimônio, em decorrência de um ato ilícito ou de uma infração contratual. Visa ela, pois, a recompor o patrimônio do lesado ou compensá-lo pelos danos sofridos, desde que comprovado o nexo causal entre o ato praticado e o prejuízo da vítima.

No caso em questão, não há que se falar em ato ilícito indenizável, visto que, como já dito alhures, o cheque foi devolvido por motivo justificado e causado pela própria autora.

Dessarte, não há que se falar em qualquer ato ilícito praticado pelo réu/apelado, razão pela qual deve ser mantida a sentença tal como está lançada.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, para manter *in totum* a bem-lançada sentença.

Custas, pela apelante, restando suspensa a exigibilidade nos termos da Lei 1.060/50.

DES.ª SELMA MARQUES (Presidente e Revisora) - De acordo com o Relator.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

...

Alienação fiduciária - Devedor - Constituição em mora - Notificação - Necessidade - Efetiva entrega - Prova - Não ocorrência - Medida liminar de busca e apreensão - Revogação

Ementa: Ação de busca e apreensão. Caracterização da mora do devedor. Notificação extrajudicial em mesmo endereço do contrato de financiamento. Cartório de registro de títulos e documentos de cidade diversa da do devedor. Irrelevância. Prova do recebimento da notificação. Não comprovada. Cópia xerográfica. Emenda da inicial.

- Considera-se, para efeitos de comprovação da mora, a entrega da intimação no endereço constante no contrato de financiamento assinado pelo devedor, mesmo que através de Cartório de Registro de Títulos e Documentos de comarca diversa da comarca do devedor.

- Conquanto não seja necessário demonstrar que a notificação foi recebida a *manus* própria, é necessário que haja prova incontestável sobre a certificação da entrega desta notificação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.10.121432-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Mauro Lúcio de Freitas - Agravada: Omni S.A. Crédito, Financiamento e Investimento - 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 do Desembargador Nicolau Masselli, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O PRIMEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 20 de janeiro de 2011 - *Nicolau Masselli* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NICOLAU MASSELLI - Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de atribuição de efeito suspensivo ativo proposto por Mauro Lúcio de Freitas, contra a douta decisão de 1º grau, f. 37-TJ, proferida nos autos de Busca e Apreensão proposta por Omni S/A. Crédito Financiamento e Investimento, em que o il. Magistrado *a quo* deferiu a medida liminar de busca e apreensão do bem descrito na inicial.

Inconformado, o agravante interpôs o presente recurso, onde alega que não foi notificado acerca do débito, e, portanto, não foi constituído em mora.

Aduz que não há aviso de recebimento com sua assinatura, logo, ausentes os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular da ação de busca e apreensão.

Cita jurisprudências.

Tece alegações sobre a nulidade da notificação, haja vista que expedida por cartório de circunscrição diversa da comarca em que se localiza o seu endereço.

Ao final, alegando que o agravado possui garantia real do crédito financiado, no intuito de ser revogada a liminar concedida, requereu a extinção do processo sem julgamento do mérito. Alternativamente, pugna para que seja nomeado depositário judicial do veiculo financiado até decisão final do feito.

É o breve relatório.

Ante tais circunstâncias, passo a analisar as razões recursais.

Tem-se que autor e requerido firmaram Cédula de Crédito Bancário com garantia através de alienação fiduciária de veículo, tendo a instituição financeira ingressado em juízo com ação de busca e apreensão em face da inadimplência daquele primeiro.

Primeiramente, alguns fatos que merecem ser esmiuçados, ante os documentos acostados aos autos.

Em primeiro lugar, é dispositivo judicial, já assentado em todos os seus termos e normas, a necessidade da notificação, judicial ou mesmo extrajudicial, do devedor, em contratos de alienação fiduciária, para que se configure a mora daquele.

Tenho comigo que, a despeito de outras correntes doutrinárias que entendem pela necessidade de que a notificação seja entregue a *manus* própria, entendo que basta a demonstração inequívoca de que a notificação foi expedida e que chegou ao endereço do devedor, podendo ali ser recebida pelo porteiro, síndico, parentes ou familiares deste, mas que se comprove a existência desta!

A propósito, apenas a título ilustrativo, trago a colação ementa do julgamento da Apelação Cível nº 2.0000.00.441935-2/000(1) levada a efeito em 14.04.2005 pela 14ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, tendo como Relator o insigne Des. Valdez Leite Machado. Diz o ilustre magistrado que

> Ementa: Busca e apreensão convertida em ação de depósito - Notificação pessoal - Caracterização - Recebimento - Certidão do cartório - Extinção do processo - Impossibilidade - Alienação fiduciária - Modificação de cláusulas contratuais - Impossibilidade - Artigo 904 do CPC - Valor do saldo devedor - Prisão civil - Inadmissibilidade.
> - Tendo em vista a mudança de orientação do STJ, se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a comprovação da notificação pessoal, com a consequente constituição em mora do devedor, se dá tão-somente com a entrega da carta no endereço do devedor, podendo ser esta recebida por qualquer pessoa da família que ali se encontre, o que pode ser comprovado por certidão do cartório.
> - [...]
> - Súmula: Rejeitaram preliminar levantada de ofício, vencido o relator, rejeitaram as demais preliminares e negaram provimento ao recurso adesivo e deram parcial provimento ao principal (In *Diário do Judiciário do Minas Gerais* de 06.05.2005).

Neste sentido, entendo que a notificação é absolutamente necessária posto que abre ao devedor a oportunidade de quitar todo o seu débito, na medida em que tem pleno conhecimento de que, se o pagamento não ocorrer, perderá esse direito e, inclusive o bem dado em garantia.

No caso em comento o apelado acosta aos autos o documento de f. 32/35, dizendo ser a notificação extrajudicial feita pelo Cartório de Registro de Títulos e Documentos, havendo certificação do Oficial deste Cartório, sobre o envio e o consequente recebimento da mesma ao seu destinatário.

Data venia, entendo que, por mais que queiramos receber tais documentos como prova inequívoca de que o devedor foi notificado, os dizeres constantes do documento de f. 33 não suprem o demonstrativo do AR.

Referidos dizeres do Tabelionato de Registro não nos autorizaM a entender a existência efetiva da entrega da notificação.

E ainda, à f. 34, no documento proveniente dos Correios consta tão somente a confirmação da entrega da notificação judicial ao recebedor no endereço indicado.

Mas, quem foi o recebedor?

Assim, tenho que não houve demonstração inequívoca de que a notificação foi recebida no endereço do devedor.

Portanto, tenho comigo que a referida comprovação da mora é inexoravelmente exigível para o deferimento da tutela antecipada que visa arrecadar o bem dado em garantia na forma de *inaudita altera pars*, devendo haver a emenda da inicial para a comprovação, devolução do AR, no endereço do devedor.

Por outro lado, entendo que, para a comprovação da mora, a legislação aplicável não impõe que o cartório extrajudicial deva se situar no mesmo do local onde resida o devedor, não havendo qualquer limitação a respeito da entrega em outra circunscrição territorial, ainda mais se a mesma se der via correio.

Sabe-se que o escrevente do Cartório de Títulos e Documentos tem fé pública, devendo ser consideradas verdadeiras as declarações por ele prestadas.

Neste sentido, a Apelação Cível nº 1906035810, cujo Relator foi o Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

> Presume-se a veracidade do ato notarial, eis que o tabelião de protesto de títulos é dotado de fé pública. Provada a mora da devedora pela apresentação do contrato de financiamento, bem como o protesto do título, desconstitui-se a sentença prolatada.

Também neste sentido, o julgamento da apelação cível de número 1.0105.08.259231-9/001, pelo Des. Alberto Henrique, que restou assim ementado:

> Ementa: Ação de busca e apreensão. Notificação efetivada. Cartório de outra circunscrição. Alcance da finalidade. Reforma da sentença. A remessa da notificação ao devedor fiduciário efetivada por cartório de outra circunscrição não nulifica o ato, desde que alcance a sua finalidade, mesmo porque não exige a lei, seja o cartório da mesma circunscrição em que o devedor é domiciliado.

Ante tais circunstâncias, dou parcial provimento ao recurso para revogar o despacho de f. 37-TJ, determinando ao agravado a emenda da inicial, demonstrando cabalmente, através do AR, que a notificação foi realizada no endereço do agravante, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito.

Custas *ex legis*.

É como voto.

DES. ALBERTO HENRIQUE - Sr. Presidente. Sr. Relator.

Peço vênia para divergir do voto do eminente colega, relator Des. Nicolau Masseli, no que tange a comprovação da mora.

Conforme se vê dos autos, o eminente relator embora considere válida a notificação expedida por Cartório de Comarca distinta, entendeu pela ausência de constituição em mora, porém, sob o fundamento de que os documentos colacionados deixam dúvidas acerca da efetiva entrega da notificação.

Como é cediço, para constituir o devedor em mora, basta que a notificação seja enviada ao endereço constante do contrato, não sendo necessário que seja pessoal.

Veja-se o entendimento do STJ:

> Ementa: Civil. Processual Civil. Alienação Fiduciária. Busca e Apreensão. Requisito. Constituição em mora. Notificação. DL 911/69. É válida, para efeito de constituição em mora do devedor, a entrega da notificação em seu endereço, efetivada por meio de Cartório de Títulos e Documentos, ainda que recebida por outra pessoa da família, no caso, a esposa. Recurso Especial conhecido e provido (STJ, REsp 592916-MG, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, T3, j. em 01.07.2004).

> Processo civil. Ação de busca e apreensão. Mora. O credor pode caracterizar a mora do devedor pelo simples protesto do título, mas deve comprovar que, do respectivo aponte, o devedor foi intimado por meio de notificação pessoal ou de comunicação destinada ao seu endereço. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 673.260/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 17.10.2006, *DJ* de 27.11.2006, p. 277).

> Ação de Busca e Apreensão. Notificação. Precedentes da Corte. 1. Na linha de precedentes da Corte, não se faz necessária a notificação pessoal do devedor para o efeito da constituição em mora, bastando que seja entregue no endereço correto. 2. Recurso especial conhecido e provido (REsp 595241/MG, STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, p. no *DJ* de 21.02.2005, p. 177).

Feitas essas considerações, passo à verificação da constituição em mora do devedor.

Na espécie, a entrega da carta foi feita no endereço do devedor (f. 26-TJ), qual seja, R. Angelina Moyses Safar, nº 95, Belo Horizonte/MG, CEP 30624-190 que, nesse caso, restou demonstrada através da notificação extrajudicial de fl. 33-TJ, emitida pelo cartório com base na comunicação feita pelos Correios à f. 34-TJ de que o telegrama havia sido entregue no endereço do requerido.

Desta feita, embora não conste dos autos o comprovante de recebimento da comunicação devidamente assinado, percebe-se, repita-se, que foi emitida certidão pelo escrevente do Cartório de Registro de Títulos e Documentos de Maceió/AL, atestando o envio da notificação, conforme f. 33-TJ.

Assim, uma vez que o escrevente do Cartório de Títulos e Documentos age sob o pálio da fé pública, consideram-se verdadeiras as declarações por ele prestadas, devendo-se, pois, reconhecer-se como efetivada a comprovação da mora do devedor, sendo nesse sentido a orientação da jurisprudência nacional:

> Presume-se a veracidade do ato notarial, eis que o tabelião de protesto de títulos é dotado de fé pública. Provada a mora da devedora pela apresentação do contrato de financiamento, bem como o protesto do título, desconstitui-se a sentença prolatada (Apelação Cível n. 1906035810, rel. José Carlos Teixeira Giorgis, 6ª Câmara Cível, Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, *JUIS* - Jurisprudência Informatizada Saraiva, CDRom n. 16).

> A mora do devedor fiduciante poderá ser comprovada com o protesto do título vinculado ao contrato de financiamento ou com a notificação efetivada por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, sendo faculdade do credor optar por uma das duas medidas, consoante o disposto no artigo 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 911/69 (Agravo de Instrumento, nº 524.166, rel. Milton Sanseverino, 3ª Câmara Cível, Segundo Tribunal de Alçada de São Paulo, *JUIS* - Jurisprudência Informatizada Saraiva, CDRom nº 16).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a decisão recorrida.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Acompanho integralmente o em. Des. Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O PRIMEIRO VOGAL.

...

Certidão de casamento - Retificação - Lei nº 6.515/77 - Art. 258 do Código Civil de 1916 - Nova redação - Processo de habilitação - Anterioridade - Regime de bens - Comunhão universal - Pacto antenupcial - Inexigibilidade - Princípio *tempus regit actum* - Aplicação

Ementa: Apelação cível. Retificação de registro civil. Certidão de casamento. Regime de bens. Lei nº 6.515/77. Vigência posterior ao processo de habilitação. Pacto antenupcial. Inexistência. Inexigibilidade quando iniciado o procedimento administrativo. Princípio *tempus regit actum*. Aplicabilidade. Procedência do pedido. Sentença reformada.

- À luz do princípio *tempus regit actum*, a mudança legislativa concernente ao regime legal de bens não surte efeitos sobre as habilitações consolidadas em momento anterior à vigência da Lei nº 6.515/77, impondo-se o reconhecimento do regime de comunhão universal, independentemente da ausência de pacto antenupcial, inexigível ao tempo da abertura do procedimento administrativo perante o cartório de registro civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0271.08.122676-0/001 - Comarca de Frutal - Apelantes: B.F.B. e sua mulher N.N.L.B. - 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 PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de março de 2011. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AFRÂNIO VILELA - Em exame a apelação cível interposta por B.F.B. e N.N.L.B. contra a r. sentença de f. 40/41, que julgou improcedente o pedido de retificação de registro civil formulado pelos ora apelantes, condenando-os ao pagamento das custas processuais, cuja exigibilidade foi suspensa por se encontrarem sob os auspícios da gratuidade judiciária.

Sustentam os apelantes, em síntese, que se casaram em 28.01.1978, fase em que houve modificação do regime legal de bens, sendo que no momento da habilitação não era necessário o pacto antenupcial; que, em razão da mudança legislativa e por falta de informação do cartório, não fizeram o pacto, sempre acreditando que o regime legal do casamento era o da comunhão universal, informação esta prestada a terceiros sempre que necessário, inclusive para fins de financiamento imobiliário junto à CEF. Asseveram que a situação do casal não pode ser modificada, devendo ser levadas em consideração a intenção do casal à época do casamento e a veracidade do documento público, bem como os prejuízos em relação a direitos.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Antes de adentrar no âmago recursal, cumpre anotar que a diligência determinada à f. 64-TJ teve por finalidade dirimir a dúvida suscitada pelo ofício de f. 30, no que se refere à data de recebimento do processo de habilitação perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais da Comarca de Frutal, haja vista a il. oficiala declinar que o fato se deu em 29.12.1977, com o recolhimento das custas em 23.12.1977, o que me pareceu, de plano, equivocado.

Com a juntada da integralidade da cópia do processo de habilitação, restou comprovada a incorreção dos dados lançados no ofício, visto que, ao revés do consignado à f. 30, o processo foi recebido, cadastrado e autuado no dia 26.12.1977, consoante o teor de f. 69 e 76, informação essencial para o desate da controvérsia, conforme explanarei.

Ao que se colhe, o casamento dos apelantes foi celebrado em 28.01.1978 quando já estava em vigor a Lei nº 6.515, de 1977 - Lei do Divórcio -, publicada no *DOU* em 27.12.1978, momento a partir do qual o regime de bens legal passou a ser o da comunhão parcial, facultada a escolha de outro pelos contraentes através do pacto antenupcial, lavrado por escritura pública.

Tem-se, entretanto, que o procedimento administrativo junto ao Cartório de Registro Civil teve início em 26.12.2007 (f. 69), antes da publicação da Lei nº 6.515/77, o qual se findou com a celebração do casamento, descurando-se a escrivã, naquela oportunidade, de declinar na certidão a informação concernente ao regime de bens, omitindo-se também quanto à existência de pacto antenupcial (f. 08).

Inquestionável que, antes do advento desta Lei, prevalecia no ordenamento jurídico pátrio o regime legal da comunhão universal de bens, que estabelecia a comunicação de todo o conjunto patrimonial dos cônjuges, decorrente da consagrada perpetuidade do casamento.

Coerente com a previsão de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, o novel diploma alterou o regime legal de bens, assegurando, no entanto, às partes firmarem opção quanto ao regime diverso, nos moldes da redação conferida ao art. 258 do Código Civil de 1916:

> Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977).

A regra foi mantida inalterada no Código Civil de 2002, que, em seu art. 1.640, estabelece que, na falta de convenção ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Todavia, sendo certo que a prestação jurisdicional não resulta da aplicação literal do texto legal, mas sim do seu ajuste à concretude e especificidades da pretensão que lhe é submetida, cumpre ao julgador, no exercício de seu mister, balizar-se, dentre outros, nos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, este último intimamente relacionado aos ditames do art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88, bem como aos do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, os quais regulam, respectivamente, *in verbis*:

> Art. 5º [...]
> XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (Art. 5º, CF/88).

> Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957) (LICC -Decreto-lei 4.657/1942).

E, norteado por esses princípios, não me parece justo reconhecer que o casamento dos apelantes fora celebrado sob um contexto legal diverso da época do início do procedimento administrativo, colimando sua celebração, mesmo porque incabível a retroação da lei nova para fins de atingir uma situação já consolidada.

A meu sentir, o desate da controvérsia reclama a aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais, segundo a qual, sobrevindo lei nova no curso de algum procedimento, judicial ou administrativo, ela prevalecerá para os atos futuros, mas os pretéritos não terão sua validade afetada.

Vale frisar que, não obstante não constar da certidão expedida no dia da celebração do casamento qualquer observação quanto ao regime de bens, como bem ressaltado pelo Exmo. Promotor de Justiça, Renato Teixeira Rezende, em seu judicioso parecer de f. 36/39, os cônjuges, ao longo de mais de 30 (trinta) anos, demonstraram que não pretendiam alterar o regime de bens que entendiam inicialmente adotado, que foi informado no processo de habilitação (f. 70), apresentando-se perante terceiros como casados "sob regime de comunhão de bens", consoante ilustra o contrato de financiamento imobiliário de f. 10/25.

Registre-se, ainda, que a Lei nº 6.515/77 teve vigência concomitante à sua publicação, o que se deu, repita-se, posteriormente ao início do processo de habilitação, de forma que não se mostra razoável exigir dos nubentes o prévio conhecimento sobre a necessidade de declinarem o regime de bens, nos moldes da lei ainda inexistente no ordenamento jurídico.

Assim, distanciando-me do entendimento firmado pelo Exmo. Juiz singular, tenho que a singularidade do caso *sub judice* reclama o acolhimento do pedido inaugural, para fins de sedimentar o regime de bens que rege o casamento dos apelantes, devendo corresponder à lei vigente à época do pedido de habilitação perante o Cartório de Registro Civil, sendo dispensável o pacto antenupcial, uma vez que anterior à vigência da Lei nº 6.515/77 - Lei do Divórcio.

Dessarte, à luz do princípio *tempus regit actum*, a mudança legislativa concernente ao regime legal de bens não surte efeitos sobre as habilitações consolidadas em momento anterior à vigência da Lei nº 6.515/77, impondo-se o reconhecimento do regime de comunhão universal, independentemente da ausência de pacto antenupcial, inexigível ao tempo da abertura do procedimento administrativo perante o Cartório de Registro Civil.

Isso posto, dou provimento ao recurso para julgar procedente o pedido, determinando a retificação da certidão de casamento dos apelantes, averbando-se à margem do registro respectivo sua realização pelo regime de comunhão universal de bens.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RONEY OLIVEIRA e BRANDÃO TEIXEIRA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Indenização - Dano moral - Construção de hidrelétricas - Obstrução do exercício regular de profissão - Garimpagem - Atividade no período - Ausência de prova - Fato constitutivo - Ônus do autor

Ementa: Apelação cível. Indenização por danos materiais. Preliminar de não conhecimento afastada. Construção de hidrelétricas. Cessação da prática de garimpagem. Ausência de prova do exercício regular da atividade no período. Fato constitutivo. Ônus da prova do autor. Improcedência mantida.

- O pedido de reforma da sentença é suficiente para o cumprimento do art. 514, III, CPC, se foram devidamente expostas as razões do inconformismo do apelante, não se devendo prestigiar o formalismo exacerbado se não há prejuízo a qualquer das partes.

- Não tendo o autor se desincumbido do ônus de provar o exercício de atividade regular de garimpagem no período em que foram construídas as hidrelétricas pelo réu, também não demonstrando quaisquer prejuízos daí decorrentes, impõe-se a manutenção da sentença, que julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0035.08.131812-9/001 - Comarca de Araguari - Apelante: José Wilson Costa Campos - Apelado: Consórcio Capim Branco Energia - 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 REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de março de 2011. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pelo apelado, a Dr.ª Luciana Mara Rocha.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuida-se de recurso de apelação interposto por José Wilson Costa Campos, qualificado nos autos, contra sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos materiais decorrentes de obstrução do exercício regular de profissão que move em face de Consórcio Capim Branco Energia.

Aduziu em síntese o autor que vinha exercendo a profissão de garimpeiro e mergulhador há vários anos, no leito do rio Araguari, datando de 2006 seu último contrato, quando foi demitido sem justa causa da empresa GAR Mineração Ltda. Narrou que à época da demissão tinha um rendimento mensal de R$ 500,00, mais salário variável, no percentual de 37% sobre os valores dos diamantes extraídos, o que totalizava R$ 1.500,00 em média.

Afirmou que o réu foi responsável pela construção de usinas hidrelétricas na região, enchendo os reservatórios e impossibilitando o trabalho de garimpo no leito do rio Araguari. Garantiu que não sabe executar outras profissões, tendo dedicado toda a sua vida ao garimpo e ao mergulho, já se encontrando em idade avançada. Afirmou que, assim como o autor, outros garimpeiros e mergulhadores foram demitidos, prejudicados com a construção das hidrelétricas. Sustentou que os demais garimpeiros fizeram acordo extrajudicial com o réu, recebendo indenização pelo prejuízo decorrente da extinção do trabalho.

Requereu, ao final, a procedência do pedido, condenando-se o réu ao pagamento de indenização por obstrução ao exercício da profissão, no valor de R$ 18.000,00, correspondente à soma dos rendimentos que o autor receberia no período de 12 meses.

Citado, o réu contestou às f. 17/30, arguindo preliminar de ilegitimidade passiva, já que não manteve qualquer relação jurídica com o autor. No mérito, alegou que o autor mencionou que trabalhava para a empresa GAR Mineração Ltda., tendo juntado apenas um contrato de parceria ajustado com Fernando Luiz Ribeiro, onde restou consignado que a relação de trabalho era despida de qualquer subordinação, não havendo que se falar em demissão sem justa causa.

Garantiu que não estão presentes os requisitos da responsabilidade civil, não tendo o réu praticado qualquer ilícito, estando todo o empreendimento amparado em lei, sendo que a União, através do Decreto n. 01, de 1º.08.2001 concedeu ao contestante e às empresas consorciadas autorização legal para exploração do potencial energético de trecho do rio Araguari. Também o Estado de Minas Gerais, por meio do Copam, responsável por controlar as atividades capazes de provocar degradação ambiental licenciando o empreendimento, aprovou a obra.

Garantiu que não restou demonstrada a existência de dano, sendo que a impossibilidade de exercício da profissão de garimpeiro no curso do rio Araguari não retira do autor o direito ao trabalho, já que a única limitação existente é relativa à exploração do garimpo na área inundada do rio Araguari. Disse que o autor pode praticar o garimpo em outra região ou aprender novo ofício.

Afiançou que, desde 2002, a construção das hidrelétricas se tornou de conhecimento público, dando-se ciência aos garimpeiros que o enchimento dos lagos ocorreria em 2006. Aduziu que não há prova do efetivo exercício da profissão de mergulhador e garimpeiro nem da renda mensal do autor.

Sustentou que compensou alguns garimpeiros pelos reflexos sociais decorrentes da construção das hidrelétricas, criteriosamente listados nas três pesquisas realizadas *in loco*, conforme PAS Programa de Assistência Social, não tendo o autor aparecido nas referidas pesquisas. Impugnou os valores pretendidos e requereu a improcedência da pretensão autoral.

Em audiência (f. 67), restou frustrada a tentativa conciliatória. Foi ouvida uma testemunha por precatória (f. 85/86). Em nova audiência (f. 123/125) foi tomado o depoimento pessoal do autor, sendo proferida sentença, na qual o Magistrado singular afastou a preliminar e, no mérito, julgou improcedente o pedido inicial, conde-

nando o autor nas custas processuais, além de honorários advocatícios, suspensa sua exigibilidade, na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Irresignado, José Wilson Costa Campos apelou às f. 128/131, arguindo que suas atividades de mergulhador e garimpeiro nunca foram ilegais, já que trabalhava para Fernando Luiz Ribeiro, dono da balsa mecânica, que tinha autorização para pesquisa de minerais, bem como para guardar os frutos de suas pesquisas. Disse que o réu pagou indenizações a outros garimpeiros que também eram empregados de Fernando sem nunca ter questionado a legalidade da atividade de lavra.

O réu apresentou contrarrazões às f. 145/160, pugnando pela manutenção da sentença hostilizada.

Inicialmente, quanto à preliminar de não conhecimento do recurso por ausência de pedido específico de nova decisão, razão não assiste ao recorrido.

Em seu recurso de apelação, verifico que o apelante trouxe os fundamentos de sua irresignação, pedindo o provimento do recurso, "para o fim de acatar as alegações das razões, reformando a sentença, de conformidade com o relato e requerimento supra".

Embora o recurso do autor não seja um primor, o pedido de reforma da sentença é suficiente para se atender ao disposto no art. 514, III, do CPC, sendo certo que a matéria questionada foi delimitada nas razões do recurso, estando claros os motivos por que o apelante se opõe à sentença, também não havendo prejuízo para que o apelado apresentasse sua contraminuta.

Sobre o tema, esclarecem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Juntamente com a fundamentação, o pedido de nova decisão delimita o âmbito de devolutividade do recurso de apelação: só é devolvida ao tribunal *ad quem* a matéria efetivamente impugnada (*tantum devolutum quantum appellatum*). Sem as razões e/ou pedido de nova decisão, não há meios de saber qual foi a matéria devolvida. Não pode haver apelação genérica, assim como não se admite pedido genérico como regra. Assim como o autor delimita o objeto litigioso (lide) na petição inicial (CPC 128), devendo o juiz julgá-lo nos limites em que foi deduzido (CPC 460), com o recurso de apelação ocorre o mesmo fenômeno: o apelante delimita o recurso com as razões e o pedido de nova decisão, não podendo o tribunal julgar além, aquém ou fora do que foi pedido (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor.* 7. ed., RT, p. 882).

No mesmo sentido:

> Apelação. Razões de recurso. Pedido de nova decisão. - A própria existência do recurso e de suas razões, onde é manifestada reiteradamente a inconformidade da autora com a sentença de improcedência da ação, com o pedido de correção dos erros cometidos, é suficiente para que se tenha por atendido o disposto no art. 514, III, do CPC. Mesmo porque, qual outra finalidade poderia ter o recurso se não obter a modificação da sentença com um novo pronunciamento do Tribunal? Recurso não conhecido (STJ, REsp 281.202/AL, 4ª Turma, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. em 25.04.2001, *DJU* de 30.04.2001, p. 138).

Assim, rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Do que consta dos autos, verifico que o autor, ora apelante, formulou pedido de indenização por danos materiais, sustentando que ficou impedido de continuar exercendo sua profissão de garimpeiro em razão da construção de usinas hidrelétricas no leito do rio Araguari.

O Magistrado singular julgou improcedente a pretensão autoral, entendendo que o recorrente não tem permissão de lavra garimpeira.

A meu ver, não merece prosperar o recurso.

O apelado é uma concessionária de serviço público que obteve permissão legal para construção da barragem, sendo o caso de responsabilidade objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que estabelece:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito provado 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.

Tendo o legislador pátrio adotado a teoria do risco administrativo, embora não haja necessidade de demonstração da culpa, deve haver a comprovação do dano e do nexo de causalidade.

No caso, entendo que o apelante não provou o alegado dano decorrente da construção das usinas hidrelétricas pelo apelado, ônus que lhe incumbia, por se tratar de fato constitutivo de seu direito (art. 333, I do CPC).

Ora, não veio aos autos nenhuma prova contundente de que o autor realmente exercesse legalmente e com exclusividade a atividade de mergulhador e garimpeiro, sendo certo que a garimpagem encontra regramento na Lei nº 7.805/89, exigindo-se prévio consentimento da autoridade administrativa local e licença ambiental para a prática da atividade, conforme se extrai dos arts. 2º e 3º da referida lei, *in verbis*:

> Art. 2º. A permissão de lavra garimpeira em área urbana depende de assentimento da autoridade administrativa local, no Município de situação do jazimento mineral.
> Art. 3º. A outorga da permissão de lavra garimpeira depende de prévio licenciamento ambiental concedido pelo órgão ambiental competente.

Inclusive, a prática de garimpagem clandestina constitui crime, consoante dispõe o art. 21 da mencionada lei:

> Art. 21. A realização de trabalhos de extração de substâncias minerais, sem a competente permissão, concessão ou licença, constitui crime, sujeito a penas de reclusão de 3 (três) meses a 3 (três) anos e multa.
> Parágrafo único. Sem prejuízo da ação penal cabível, nos termos deste artigo, a extração mineral realizada sem a competente permissão, concessão ou licença acarretará a apreensão do produto mineral, das máquinas, veículos e equipamentos utilizados, os quais, após transitada em julgado a sentença que condenar o infrator, serão vendidos em hasta pública e o produto da venda recolhido à conta do Fundo Nacional de Mineração, instituído pela Lei nº 4.425, de 8 de outubro de 1964.

No caso, o apelante não demonstrou o exercício regular de atividade de garimpo, sendo que, embora alegue que tinha vínculo de emprego com Fernando Luiz Ribeiro, constou na inicial que na verdade era empregado de GAR Mineração Ltda., não podendo a esta altura alterar a causa de pedir, conforme art. 264 do CPC. De qualquer modo, não há prova de vínculo de empregado entre o apelante e a referida empresa, tendo juntado apenas o contrato de parceria de f. 09/10, ajustado com Fernando Luiz Ribeiro, no qual consta que era autônomo, sem subordinação nem vínculo empregatício.

Ressalto que a única testemunha ouvida nem sequer conhecia o autor, conforme se infere de seu depoimento à f. 86, onde afirmou que "no local de trabalho conhecia as pessoas por apelido, e não pelo nome e por isso não sabe prestar nenhuma informação sobre o autor".

Por outro lado, também não há nos autos prova de que o apelante exercesse regularmente a atividade de garimpo, não tendo ele trazido o consentimento da autoridade local para o exercício da referida atividade nem licença ambiental nesse sentido.

Ao contrário, embora genéricas, nas declarações de f. 11/12 consta que o autor "tinha contrato de parceria com Fernando Luis Ribeiro o contrato referente a exploração da atividade de garimpo informal".

Também o argumento de que o autor exercia a função de mergulhador não altera os fatos, uma vez que não há prova suficiente quanto a isso. Além do que, a atividade de mergulho era exercida como meio para a realização da atividade fim de garimpagem.

Assim, não demonstrada a efetiva atividade de garimpo supostamente desenvolvida pelo apelante no período nem sua legalidade, não restando também provado qualquer dano por ele sofrido com a construção das usinas hidrelétricas, entendo que o caso é mesmo de improcedência da pretensão autoral.

Em casos análogos, este Tribunal já se manifestou:

> Ação de indenização por danos materiais. Construção de usina hidrelétrica. Garimpagem. Não comprovação de relação de emprego nem de atividade lícita. Indenização indevida. - A não comprovação da relação empregatícia, do local de trabalho, da época da dispensa imotivada, tampouco da licitude da garimpagem, retira o direito à indenização por danos materiais decorrente da construção de usina hidrelétrica na área. O ônus de provar é do apelante [...]. (TJMG, AC nº 1.0035.08.131436-7/001, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Tiago Pinto, j. em 10.06.2010).

> Ação de indenização. Garimpo não licenciado. Atividade ilícita. Alagamento em decorrência da construção de usina hidrelétrica. Indenização indevida. - Não tendo os autores título hábil que comprove a autorização e a legalidade da atividade de garimpo, por eles exercida, mostra-se incabível a indenização por lucros emergentes diante da paralisação das atividades decorrentes da construção de represa em local onde era exercida a atividade de garimpo. Apelação não provida (TJMG, AC n. 1.00521.05.038977-9/001, Rel. Des. Pereira da Silva, *DJ* de 15.03.2007).

> Ação de indenização. Danos materiais. Atividade profissional. Obstrução. Nexo causal. Ausência. - Deve ser julgado improcedente o pedido de indenização, fundado na obstrução do exercício de atividade profissional, quando do contexto fático-probatório não se extrai a presença do nexo de causalidade entre a ação imputada ao réu e o prejuízo suportado pela parte autora (TJMG, AC n. 1.0035.08.131365-8/001, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. em 15.12.2009).

> Ação de indenização por danos materiais. Concessionária de serviço público. Legitimidade passiva. Inundação de área para construção de hidroelétrica. Responsabilidade objetiva. Atividade lícita. Dano indenizável. Responsabilidade não configurada. 1. O concessionário assume o risco da atividade delegada, tornando-se o responsável pelos danos causados a terceiros. 2. É patente a necessidade, e também a utilidade, de se provocar o Judiciário para o devido ressarcimento de danos que os autores entendem ter sofrido, mormente se considerarmos a negativa de indenização no âmbito administrativo. 3. Tratando-se de ato praticado por pessoa jurídica de direito privado concessionária de serviço público, deve ser aplicado o instituto da responsabilidade civil objetiva, em razão da norma prevista no art. 37, § 6º, da CF/88. 4. Nos casos de atividade lícita, para que se condene o Estado à indenização é necessário que o dano causado ao particular viole um direito subjetivo do mesmo, além de causar-lhe prejuízos materiais. 5. A garimpagem é regulamentada pela Lei nº. 7.805/89, que exige o prévio consentimento da autoridade administrativa local, bem como prévio licenciamento ambiental, para a prática da atividade. 6. Os recorrentes não lograram êxito em demonstrar que exerciam legalmente a atividade de garimpo, com a devida autorização do Poder Público e cumpridas todas as formalidades exigidas. Destarte, o Estado, bem como o recorrido, concessionário de serviço público, não se encontram obrigados a indenizar pelos atos que não violaram nenhum direito dos recorrentes, mormente porque a prática de garimpagem clandestina é crime, nos termos do art. 21 da Lei 7.805/89. 7. Se o que questionam os recorrentes é o ato administrativo que determinou a indenização de alguns garimpeiros clandestinos, ferindo, segundo se alega, os princípios da impessoalidade e da igualdade, devem se valer das vias próprias, a fim de anular o ato e recompor o patrimônio público. 8. Negar provimento. (TJMG, AC nº 1.0521.05.038981-1/001, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Wagner Wilson, j. em 08.03.2007).

Ante o exposto, rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante, ressalvando-se o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - De acordo.

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Embargos de terceiro - Desconstituição de impedimento judicial - Anterioridade da aquisição - Terceiro de boa-fé - Bem móvel - Propriedade - Transmissão - Tradição

Apelação cível. Embargos de terceiro. Desconstituição de impedimento judicial. Terceiro de boa-fé. Propriedade bem móvel. Tradição.

- Deve ser julgada procedente a ação de embargos de terceiro, que visa a desconstituição de impedimento judicial, quando o embargante adquire de boa-fé a propriedade de veículo, antes de tal impedimento.

- A propriedade de bem móvel se transmite pela tradição.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0479.07.137300-1/001 - Comarca de Passos - Apelado: Aparecida Elias de Oliveira - Apelante: Evaldo Pereira da Silva Júnior - Relator: DES. WAGNER WILSON

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 RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de fevereiro de 2011. - *Wagner Wilson Ferreira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WAGNER WILSON - Trata-se de apelação cível interposta por Evaldo Pereira da Silva Júnior contra a decisão de f. 114/123, que, nos autos da ação de embargos de terceiro, julgou procedente o pedido inicial.

Em suas razões recursais, o apelante afirma que o documento de f. 17 é totalmente impertinente, na medida em que informa a aquisição do veículo por R$11.000,00 (onze mil reais).

Aduz que a transferência do bem se deu em Monte Belo (MG), mas a autora relatou que nunca esteve nesta cidade.

Destaca que a declaração de imposto de renda da autora não comprova a existência da transação.

Alega que, apesar de a apelada ter afirmado que o suposto negócio de troca de veículos foi intermediado por um corretor, referido corretor nega a intermediação.

Sustenta que a prova testemunhal apresentada pela parte contrária é totalmente imprecisa e impertinente.

Assevera que o veículo objeto de constrição possuía alienação fiduciária ao Banco Finasa, o que demonstra a impertinência de sua aquisição.

Diz que a alienação jamais se efetivou, sendo que a apelada estava de conluio com o executado.

Argumenta que a decisão viola os arts. 106 e 107 do CC e a Súmula 195 do STJ.

Requer, ao final, o provimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A insurgência do apelante não merece prosperar.

Cuidam os autos de ação de embargos de terceiro, através da qual a autora pretende obter o cancelamento de impedimento judicial cadastrado junto ao Detran-MG, ao fundamento de que adquiriu o bem que sofreu restrição nos autos da execução em apenso.

A Magistrada singular julgou procedente o pedido inicial e determinou a baixa na restrição judicial do veículo.

Contra referida decisão foi interposto o presente recurso, no qual o apelante pugna pela reforma da sentença e improcedência da demanda.

Nos autos da execução em apenso, o réu, ora apelante, requereu a penhora do veículo, sustentando que o executado, Deijanir Alves, era o proprietário do bem, conforme certidão expedida pelo Detran.

É certo que o registro do veículo junto ao Detran constitui mera formalidade administrativa e não tem o condão, por si só, de comprovar a propriedade do bem, mormente porque, em se tratando de bem móvel, a sua aquisição se opera mediante a tradição.

In casu, apesar de o veículo encontrar-se registrado em nome do executado, a embargante fez prova de sua propriedade sobre o bem.

Isso porque o recibo de f. 17 demonstra que o bem foi alienado à embargante, ora apelada, fato este que foi corroborado pela prova testemunhal, senão vejamos:

> [...] que sabe dizer que a embargante trocou um carro com o Sr. Deijanir; que no dia da negociação o depoente estava passando por perto de um bar onde Deijanir e Aparecida

estavam conversando [...] que o veículo da embargante era um Ford Del Rey; que o veículo do Sr. Deijanir era um Fiat Tempra; que vê constantemente a embargante e sua família andar no referido veículo (f. 60).

[...] que sabe que a embargante deu um veículo Del Rey para Deijanir e este passou o seu veículo Fiat Tempra, assumindo a embargante o restante das prestações; que o veículo estava alienado; que o negócio foi realizado no final do ano de 2006; que foi procurado pela Dona Aparecida para que procedesse a alteração no contrato de alienação fiduciária; que a autorização de transferência foi feita pelo depoente; que foi tanto do Tempra quanto do Del Rey; que o Sr. Deijair morava em Passos na época da negociação; que o documento foi mandado pelo correio de Franca para Piumhi preenchido; que o depoente enviou o documento do Del Rey para uma garagem de Franca; que tinha comprado o Del Rey do Deijanir; que o documento do Tempra veio preenchido e assinado por Deijanir; que Aparecida assinou na sua frente no escritório; [...] que o reconhecimento de firma já estava no documento, sendo praxe que se reconheça apenas a firma do vendedor; que foi feita pesquisa no Detran e só constava a cláusula de alienação fiduciária, que não foi feito qualquer outra pesquisa; [...] que foi constatado impedimento judicial no ano de 2007, quando do pagamento do IPVA (f. 61/62).

Conforme consignado pela Magistrada singular

a execução foi proposta pelo embargado em 23.02.2006 e o veículo transferido em 16.08.2006. No entanto, o pedido de penhora sobre os direitos oriundos do financiamento se efetivou somente em 31.08.2006 (fls. 26) (f. 120).

Cumpre frisar que o veículo foi adquirido pela embargante, ora apelada, em agosto de 2006, isto é, bem antes do registro do impedimento judicial lançado em 12.04.2007 (f. 38).

Além disso, a embargante colacionou aos autos recibos (f. 19/22), que revelam o pagamento de parcelas do contrato de financiamento do veículo, fato este que confirma sua posse e propriedade sobre o bem.

Por fim, ao contrário do que alega o apelante, verifico que não restaram demonstrados os requisitos para configuração da fraude à execução.

Isso porque o recorrente não comprovou que a apelada agiu em conluio com o executado ou com terceiros, visando fraudar a execução.

Sobre o assunto:

Embargos de terceiros. Fraude à execução. Ausência de registro de penhora ou prova da má-fé dos terceiros adquirentes. Súmula 375, STJ. - 1 - Conforme restou sedimentado no STJ, através do enunciado da Súmula nº 375 do STJ, para que reste configurada a fraude à execução, há que restar demonstrada a prova da má-fé do adquirente ou o registro da penhora do bem alienado. - 2 - Ausentes tais requisitos, resta descaracterizada a fraude à execução, o que conduz à inevitável procedência dos embargos de terceiros. Sentença mantida (TJMG - 1.0713.08.087934-7/001(1) - Numeração única: 0879347-32.2008.8.13.0713 - Relator: Des. Wagner Wilson - Data do julgamento: 14.07.2010 - Data da publicação: 06.08.2010).

Com efeito, deve ser mantida a sentença que julgou procedente a ação de embargos de terceiro, uma vez que a embargante adquiriu de boa-fé a propriedade de veículo, antes do registro do impedimento judicial.

Em casos análogos ao dos autos, já se decidiu:

Embargos de terceiro. Penhora. Veículo. Transferência pela tradição. Desconstituição da constrição. Ônus sucumbenciais. Princípio da causalidade.. Havendo demonstração da transferência do veículo para o embargante antes da averbação da penhora, irrelevante que o registro junto ao Detran conste em nome da devedora, tendo em vista que a transferência de bem móvel se dá pela simples tradição, sendo devida a desconstituição da constrição. A simples necessidade de a parte autora ter que recorrer ao Judiciário para obter a desconstituição da penhora, com a resistência da sua pretensão pelo embargado, que contestou o pedido requerendo sua total improcedência, autoriza a condenação da parte demandada no pagamento do ônus da sucumbência (TJMG - 1.0024.04.507351-7/002(1) - Numeração única: 5073517-05.2004.8.13.0024 - Relator: Des. Valdez Leite Machado - Data do julgamento: 24.06.2010 - Data da publicação: 31.08.2010).

Embargos de terceiro. Preliminar. Inépcia. Rejeitada. Ilegitimidade ativa. Rejeitada. Bem móvel. Transferência. Tradição. Registro do Detran. Formalidade administrativa. Presunção relativa. Prova. Tradição anterior à realização penhora. Desconstiuição. Constrição. Sentença mantida. [...] Tratando-se de bens móveis, é sabido que, nos termos do art. 1.267 do CC/2002, o domínio sobre os bens móveis transfere-se através da simples tradição, independentemente de qualquer registro em órgão administrativo, o qual tem efeito meramente declaratório. Os elementos aduzidos nos autos pelo embargado não tiveram o condão de desconstituir as alegações iniciais, de forma a demonstrar o *consilium fraudis* (má-fé) capaz de caracterizar a fraude à execução. Dessarte, restando comprovada a tradição em data anterior à constituição da penhora sobre bem móvel, infere-se que deve ser mantida a r. sentença que desconstituiu a constrição incidente sobre o automóvel a fim de preservar-se a posse justa e de boa-fé do terceiro adquirente (TJMG; 1.0216.08.050665-4/001(1) - Numeração única: 0506654-62.2008.8.13.0216 - Relator: Des. Sebastião Pereira de Souza - Data do julgamento: 28.04.2010 - Data da publicação: 11.06.2010).

Embargos de terceiro. Registro do veículo no Detran em nome do executado. Aquisição de propriedade que se opera mediante a tradição. O fato de o veículo indicado à penhora encontrar-se registrado em nome do executado junto ao órgão de trânsito, por si só, não autoriza a conclusão de que o mesmo é o seu efetivo proprietário, porquanto, em se tratando de bem móvel, a sua aquisição se opera mediante a tradição (TJMG - 1.0024.04.503332-1/001(1) - Numeração única: 5033321-90.2004.8.13.0024 - Relator: Des. Osmando Almeida - Data do julgamento: 18.07.2006 - Data da publicação: 16.09.2006).

Apelação cível. Embargos de terceiro. Ausência de registro da penhora no órgão de trânsito responsável. Boa-fé do adquirente comprovada. Fraude à execução não configurada. Recurso conhecido e provido. I. Os embargos de terceiro visam desconstituir constrição sobre bens daquele que, sendo proprietário ou possuidor e não sendo parte no

processo, sofre esbulho ou turbação por ato judicial, à sua posse ou ao seu domínio. - II - A declaração da fraude à execução exige tão somente a demonstração dos requisitos objetivos - transferência do bem e pendência de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência -, sendo desnecessária a demonstração de má-fé, isto é, de *consilum fraudis*, já que a presunção é da ocorrência da fraude. - III - Comprovada a aquisição do bem pelo embargante anteriormente à constrição, o acolhimento dos embargos de terceiro é medida que se impõe. - IV - Prescindível a transferência da propriedade do veículo junto ao Detran, os bens móveis se transferem pela tradição. - V - Recurso conhecido e provido (TJMG - 1.0024.07.581578-7/001(1) - Numeração única: 5815787-95.2007.8.13.0024 - Relator: Des. Bitencourt Marcondes - Data do julgamento: 16.04.2009 - Data da publicação: 13.05.2009).

Embargos de terceiro. Compra e venda de veículo. Tradição. Consumação do contrato. Terceiro de boa-fé. A compra e venda de veículo, com a consequente entrega do recibo de transferência, devidamente assinado pelo alienante, aperfeiçoa o negócio e autoriza o seu proprietário a opor embargos de terceiro contra ato judicial de apreensão desse bem para garantia de débito que não assumira. - Não pode o terceiro de boa-fé ser prejudicado por atos de outrem, nem deve arcar com os ônus de uma relação jurídica da qual não tomou parte (TJMG - 2.0000.00.472595-1/000(1) - Numeração única: 4725951-50.2000.8.13.0000 - Relator: Des. Otávio Portes - Data do julgamento: 18.02.2005 - Data da publicação: 05.03.2005).

Conclusão.

Mediante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a r. sentença vergastada.

É como voto.

DES. JOSÉ MARCOS VIEIRA - De acordo com o Relator.

DES. BATISTA DE ABREU - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Dano moral - Veiculação de notícia - Jornal de grande circulação - Fonte - Boletim de ocorrência - Veracidade dos fatos - Verificação - Não ocorrência - Dano - Configuração - Ressarcimento - Obrigação - *Quantum* - Razoabilidade - Sentença mantida

Ementa: Dano moral. Publicação jornalística ofensiva. Erro na fonte. Negligência demonstrada. Dano causado. Reparação devida.

- Publicada matéria jornalística, onde, por erro na fonte de informação, termina por se apontar a vítima como sendo um dos assaltantes, há evidente dano moral decorrente da negligência do jornal pela confirmação dos fatos, impondo-se a reparação devida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.248251-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: S.A. Estado de Minas - Apelada: Waldiva Barbosa Lima - 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, 24 de março de 2011. - *Luiz Carlos Gomes da Mata* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Trata-se de recurso de apelação interposto por S.A. Estado de Minas, em face da sentença proferida pelo ilustre Juiz de Direito da 5ª Vara Cível desta Capital, Dr. Antônio Belasque Filho, que julgou procedente o pedido inicial da ação de indenização por danos morais promovida por Waldiva Barbosa Lima, ora apelado.

Sustenta a parte apelante que a sentença deve ser reformada, porquanto não atentou para a documentação constante dos autos, onde se constata que a parte apelante apenas cumpriu o seu mister, que seria divulgar as informações colhidas à época dos fatos, de acordo com o primeiro boletim de ocorrência divulgado.

Sustenta, mais, que, se houve erro nas informações, o mesmo tem derivação nos documentos públicos e oficiais, já que a notícia se baseou no boletim de ocorrência divulgado à época.

Tece considerações outras, como a inocorrência de abuso na divulgação das informações, inexistência de culpa, terminando por pleitear pelo provimento do apelo, ainda que parcial, de forma a reduzir a quantia indenizatória, na eventualidade.

Contrarrazões constantes de f. 116/121, pugnando pela manutenção da decisão.

Preparo constante de f. 113.

Este é o relatório. Decido.

Conheço do recurso de apelação interposto, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se o cerne do litígio a classificar ou não a publicação feita pela parte apelante e derivada de erro oriundo nos fatos narrados em boletim de ocorrência policial como ilícito causador de danos morais.

Na análise das provas carreadas, dois fatos me chamam a atenção e se encontram plenamente demonstrados nos autos. Senão vejamos:

O primeiro fato demonstrado é que a parte apelante veiculou notícia em seu jornal, de grande circulação diga-se de passagem, repassando à população o que restou narrado em um boletim de ocorrência policial, o que se constitui, em tese, apenas o cumprimento do dever de informação.

O segundo fato demonstrado é que o boletim de ocorrência policial, documento que ensejou a matéria jornalística publicada, continha erro explícito e expresso, já que indevidamente relatou que um dos bandidos que atuaram em um assalto seria o filho da parte apelada, verificando-se posteriormente que referida pessoa era uma das vítimas dos bandidos que atuaram no assalto naquela ocasião. A propósito, a mencionada vítima veio a falecer, justamente em decorrência dos tiros que foram dados pelos bandidos.

Estamos, pois, diante de um ato praticado pela parte apelante, que seria a publicação dos fatos noticiados no boletim de ocorrência e que ensejou evidente dano moral à pessoa do falecido, já que, confundido com assaltantes, terminou por ser notícia em jornal de grande circulação.

Pergunta-se: seria o ato praticado pela apelante legítimo e legal, já que, supostamente, agiu a parte apenas no seu dever de informação, ou seria um ato negligente, já que terminou por divulgar matéria ofensiva à honra do filho da apelada?

Nessa esteira, não há dúvidas de que não houve a ocorrência de dolo por parte da apelante na ofensa à integridade da parte apelada.

Entretanto, não é somente o *animus* que condiciona ser ou não o ato lesivo.

Na esteira do dano moral, a teor do disposto no art. 927 do Código Civil, o dever de indenizar não decorre da vontade, mas do ato ilícito praticado e do dano causado a outrem.

In casu, a meu ver, os requisitos condicionados do dano moral restam devidamente demonstrados nos autos.

O ilícito praticado decorre da publicação de fatos que não correspondem à verdade, oriundos de negligência ou imprudência, já que terminou a parte apelante por acreditar "cegamente" no boletim de ocorrência realizado, sem se certificar da veracidade dos fatos ali narrados, terminando por levar à população, na qual se incluem os familiares e vizinhos da vítima, notícia inverídica e cabalmente ofensiva à moral da vítima apontada.

A liberdade e o dever de informação e comunicação não se confundem com a possibilidade de veicular notícia inverídica e ofensiva à moral de alguém. Além do mais, a parte apelante usufrui, evidentemente, de lucratividade em sua atuação como empresa jornalística que é. Logo, pela própria característica e ramo de atuação da apelante, o fato ocorrido e que é objeto da ação proposta se constitui também como um dos riscos do negócio.

A parte apelante, ao confiar demasiadamente em um boletim de ocorrência firmado, terminou por assumir o risco de produzir um dano e de ser compelida ao ressarcimento, o que é exatamente o caso destes autos, ensejando, pois, a figura da culpa decorrente de negligência ou imprudência.

Dessarte, comprovada a ação lesiva, o dano e o nexo causal, correta se mostrou a sentença proferida, sendo certo que outro não poderia ser o desfecho dado pelo referido *decisum*.

Cito a jurisprudência:

> Apelação - Indenização - Danos morais - Fato não comprovado publicado na imprensa - Violação à honra e imagem dos autores - Obrigação de indenizar - Ônus da prova. - Pelo que se extrai dos autos, ficou evidenciado que a recorrida, ao extrapolar, nas duas matérias do jornal, fatos que estavam sendo investigados pela Polícia Federal, Ministério Público e até pelo organismo internacional - Comissão Kimberley - a respeito da extração e contrabando de gemas de diamantes da maior reserva do País, sem qualquer indício que comprovasse o envolvimento dos autores nas atividades criminosas, feriu seus direitos da personalidade. E, sendo patente a ocorrência de violação à honra e à imagem dos apelantes, os danos morais são presumidos, não se exigindo a prova de ocorrência efetiva de prejuízo para a configuração da responsabilidade. Nos termos do art. 333, inciso II, do CPC, caberia à ré, no prazo da contestação, fazer prova da veracidade dos fatos publicados, a fim de excluir a sua obrigação de indenizar. Não o tendo feito, deve indenizar os autores pelo dano moral causado. (Processo nº 1.0713.05.048447-4/003 - TJMG - Rel. Des. Lucas Pereira.)

E ainda:

> Apelação cível. Processo civil. Ação de indenização. Matéria jornalística. Imputação caluniosa. Configuração do dano moral. *Quantum* indenizatório. Critérios de fixação. Razoabilidade e proporcionalidade. Honorários advocatícios. Fixação. § 3º do art. 20. Valor da condenação. Juros de mora e correção monetária. Termo *a quo*. Súmulas 54 e 43 do STJ. - Aquele que, no exercício de atividade jornalística, faz publicar matéria caluniosa, imputando falsamente a prática de fato típico a terceiro, age culposamente, pois não averigua as informações que lhe foram repassadas, antes de veiculá-las, impondo-se, consequentemente, a obrigação indenizatória. Não existem critérios objetivos para a fixação do *quantum* indenizatório. O julgador, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, deve atentar sempre para as circunstâncias fáticas, a gravidade objetiva do dano, seu efeito lesivo, as condições sociais e econômicas da vítima e do ofensor, de forma que não possibilite enriquecimento sem causa do ofendido, mas que vise a inibir o ofensor da prática de futuras ofensas. Nas causas em que houver condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados em percentual incidente sobre aquela importância (§ 3º do art. 20 do CPC). Nas ações de indenização por ato ilícito extracontratual, o termo inicial de correção monetária e juros de mora a incidirem sobre o *quantum* indenizatório

deve se dar a partir do efetivo prejuízo, nos termos das Súmulas 43 e 54 do STJ. (Processo nº 1.0024.05.682988-0/001 - TJMG - Rel. Des. Afrânio Vilela.)

Relativamente ao *quantum* indenizatório fixado, R$ 5.000,00 (cinco mil reais), vejo que referido valor está em perfeita consonância com os critérios subjetivos inerentes ao dano moral, como razoabilidade e proporcionalidade, não vislumbrando, pois, qualquer mácula na sentença.

Frente a tais considerações, nego provimento ao recurso de apelação, para manter incólume a sentença proferida, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - A negligência da apelante aflora na espécie com a sua omissão em checar a veracidade e os corretos dados das informações constantes do BO que deu origem à malfadada notícia que abalou a honra do filho da apelada, rotulando-o indevidamente de criminoso latrocinista. Assim, a obrigação de indenização por dano moral é inconteste.

Acompanho o voto da Relatoria e nego provimento à apelação, nos termos daquele voto.

DES. NICOLAU MASSELLI - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Embargos à execução - Boleto bancário - Protesto - Documento hábil - Notas fiscais de entrega juntadas - Força executiva - Art. 8º da Lei 9.492/97 - Sentença cassada

Ementa: Embargos do devedor. Boletos bancários. Nota fiscal. Entrega de mercadoria. Título crédito.

- Os boletos bancários, acompanhados de notas fiscais de entrega de mercadoria, são considerados títulos executivos, que comprovam a existência de relação comercial entre as partes.

- A duplicata mercantil pode ser protestada por indicação, sendo o boleto bancário documento hábil para o protesto por indicação da duplicata, conforme o art. 8º da Lei nº 9.492/97.

Recurso provido. Sentença cassada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.08.309766-3/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Tânia Maria Elias Leite ME (Microempresa) - Apelada: TJ Fundições Ltda. - 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 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 DAR PROVIMENTO E CASSAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2011. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de embargos do devedor ajuizados pela apelada, ao argumento de não ser o boleto bancário, que instrui a execução promovida pela apelante, título executivo extrajudicial, por não possuir certeza, liquidez e exigibilidade.

Alegou que, como se trata de relação comercial, os boletos bancários devem ser acompanhados de duplicatas mercantis.

O MM. Juiz *a quo* acolheu os embargos do devedor, para extinguir a execução por ausência de título executivo, sob o fundamento de que os boletos bancários não possuem força executiva, não sendo comprovada a emissão de duplicatas, e condenou a apelante ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 5% sobre o valor dado à causa.

Pretende a apelante a reforma da sentença, asseverando que a ausência de duplicatas não é vício capaz de macular a execução, por ser permitida a substituição dos títulos de crédito por boleto bancário.

Ressalta que a apelada não negou a relação jurídica, nem mesmo comprovou que a emissão dos boletos bancários seja fraudulenta.

A apelada apresentou contrarrazões, f. 50/52, requerendo a majoração dos honorários advocatícios.

A r. decisão recorrida foi publicada em 9 de abril de 2010, vindo a apelação em 22 de abril, no prazo recursal e acompanhada do devido preparo.

Estão presentes, portanto, os requisitos para conhecimento do recurso.

A controvérsia dos autos cinge-se à possibilidade de ser o boleto bancário, desacompanhado de duplicata mercantil, considerado título executivo.

Os boletos bancários, devidamente acompanhados das notas fiscais de entrega de mercadoria, são considerados títulos executivos, pois comprovam a existência de relação comercial entre as partes.

Ademais, a duplicata mercantil pode ser protestada por indicação, sendo o boleto bancário documento hábil

para o protesto por indicação, conforme o art. 8º da Lei nº 9.492/97.

Nesse sentido é a jurisprudência:

> Embargos infringentes. Execução de título. Duplicatas. Pleito instruído com boleto bancário. Termo de protesto e nota fiscal/fatura. Recebimento das mercadorias. Comprovação. Admissibilidade. Rejeição dos embargos. Manutenção do acórdão. - É válido o protesto por indicação se as duplicatas foram emitidas com lastro na nota fiscal e no documento que comprova o recebimento da mercadoria, em obediência à determinação contida na Lei de Duplicatas (Lei nº 5.474/68), não tendo havido questionamento no que tange ao autor da assinatura aposta no recibo. Regular o protesto, mostra-se possível o ajuizamento da ação de execução, instruída com boleto bancário de remessa e aceite da duplicata, do termo de protesto e da nota fiscal/fatura, com comprovante de recebimento das mercadorias, quando então não há que se falar em desqualificação do título executivo, ante a comprovação da realidade da operação de compra e venda mercantil estabelecida entre as partes e da ausência de comprovação de quitação do débito (Embargos Infringentes nº 1.0024.05.861793-7/003 - Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível - Relator: Des. Luciano Baeta Nunes - Data do julgamento: 10.04.2008).

Constata-se dos autos da execução em apenso que os boletos bancários foram protestados, f. 07/20, e estão acompanhados de notas fiscais de entrega da mercadoria.

Assim, a princípio, conclui-se que os documentos que instruem a execução possuem força executiva.

Deve, pois, ser cassada a sentença recorrida, para que nova decisão seja proferida.

Ressalte-se que só seria possível a este egrégio Tribunal prosseguir no julgamento, nos moldes do art. 515, § 3º, CPC, se a lide versasse sobre questão exclusivamente de direito, ou se os fatos fossem demonstrados através de documentos.

Todavia, há necessidade de dilação probatória, visto que a apelada na petição inicial alega desconhecer as assinaturas apostas nas notas fiscais, impondo-se, ainda, apurar se os boletos bancários protestados têm qualquer relação com as notas fiscais.

Logo, os autos devem retornar à comarca de origem, para processamento dos embargos com produção de provas necessárias, e, por conseguinte, com prolação de nova decisão.

Saliente-se, por fim, que não se pode examinar o pedido da apelada para majoração dos honorários advocatícios, quer por ter sido dado provimento ao recurso, quer por tratarem as contrarrazões de meio impróprio para se pleitear a modificação da sentença.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso aviado por Tânia Maria Elias Leite - ME, para cassar a decisão recorrida, determinando o retorno dos autos à comarca de origem para o regular processamento dos embargos.

Custas recursais, ao final.

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - De acordo com a Relatora.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Com a Relatora, coerente com entendimento que adoto ao julgar casos análogos.

Súmula - DERAM PROVIMENTO E CASSARAM A SENTENÇA.

...

Penhora *on-line* - Lei 11.382/06 - Dinheiro em espécie, depósitos e aplicações financeiras - Bens preferenciais - Art. 655, I, do CPC - Localização de outros bens - Exaurimento de diligências - Desnecessidade - Decisão reformada

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de execução. Penhora *on-line*. Possibilidade. Esgotamento de diligências para busca de bens do executado. Desnecessidade. Recurso provido.

- É legal a penhora realizada por meio eletrônico, como instrumento inovador, efetivo e célere utilizado pelo Poder Judiciário em acordo com o Banco Central, o qual permite que os juízes, através de solicitação eletrônica, bloqueiem instantaneamente a conta-corrente de executados.

- Com o advento da Lei 11.382/2006, tornou-se devida a penhora *on-line* de dinheiro, em espécie, depósito ou aplicação financeira, dispensando-se o esgotamento de todos os meios para a constrição de outros bens do devedor.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0702.08.434615-5/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: Real Moto Peças Ltda. - Agravado: Terracana Comércio e Serviços Ltda. - Relatora: DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2011. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face da r. decisão proferida pelo digno Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia/MG (reproduzida às f. 91/94-TJ), nos autos da ação de execução, proposta por Real Moto Peças Ltda., em face de Terracana Comércio e Serviços Ltda. - ME.

Consiste o inconformismo recursal no fato de o douto Julgador *a quo* ter indeferido o pedido da agravante, que consiste no bloqueio de numerário em conta da agravada, via Bacen-Jud, por entender que só cabe tal pedido quando o credor esgota todas as outras possibilidades, o que não ocorreu *in casu*.

Em suas razões recursais, a agravante afirma que a Lei 11.382/06 alterou preceitos legais no que tange aos atos de execução e a indicação de bens à penhora passou a ser faculdade do exequente.

Alega que a referida lei seguiu o critério da liquidez quanto à ordem dos bens sobre os quais deverá recair a penhora e colocou em primeiro lugar, juntamente com o dinheiro em espécie, depósito ou aplicação em instituição financeira, evitando-se despesas desnecessárias, abreviando-se o processo executivo e concorrendo para a efetiva prestação jurisdicional.

O recurso foi recebido às f. 108/109-TJ, sendo requisitadas as informações necessárias e indeferido o efeito suspensivo pretendido.

O douto Juiz *a quo*, às f. 116/118-TJ, prestou informações, afirmando ter mantido a r. decisão vergastada e que a agravante cumpriu o disposto no art. 526 do CPC.

A parte agravada não foi intimada, por não ter se completado a relação processual.

Presentes os pressupostos recursais, recurso devidamente preparado (f. 97-TJ), dou-lhe seguimento na forma legal.

No mérito.

Após melhor estudo da matéria, modifico entendimento anterior; entendo que, com o advento da Lei 11.382/2006 e as alterações do Código de Processo Civil por ela acarretadas, os depósitos e as aplicações financeiras foram incluídos como bens preferenciais na ordem de penhora, equiparados a dinheiro em espécie.

Tornou-se, dessa forma, prescindível o esgotamento de todos os meios extrajudiciais para que se admita a utilização da penhora *on-line*, com a constrição dos bens do devedor por meio eletrônico, através do sistema Bacen-Jud.

No caso dos autos, a medida constritiva requerida ocorreu após a vigência da referida lei, o que atrai sua incidência, dispensando-se, portanto, a necessidade de comprovação de que foram esgotados os meios para a localização de outros bens do devedor.

Corroboram esse entendimento recentes julgados proferidos pelas Segunda e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo regimental no agravo de instrumento. Penhora de numerário em conta-corrente. Exaurimento de diligências para busca de bens do executado. Súmula 7 do STJ. 1. Relativamente à penhora de numerário em conta-corrente, há que distinguir duas situações, no âmbito da jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça: (I) em se tratando de medida constritiva requerida antes do advento da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006 - que, alterando dispositivos do Código de Processo Civil -, colocou na mesma ordem de preferência de penhora 'dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira' (art. 655, I), bem como permitiu a realização da constrição, preferencialmente, por meio eletrônico (art. 655-A) -, somente é possível o bloqueio de ativos em conta-corrente em situações excepcionais, desde que o exequente demonstre que esgotou todos os meios a ele disponíveis para localizar bens em nome do executado; (II) a partir da vigência da referida lei, tornou-se devida a penhora *on-line* de dinheiro, em espécie ou em depósito, ou de aplicação em instituição financeira, por meio do sistema Bacen-Jud, dispensando-se, para tanto, o exaurimento das diligências de localização de outros bens do devedor (STJ - AgRg no Ag 1034099/DF - 4ª Turma - Rel. Min. Raul Araújo Filho - *DJe* de 28.06.2010).
>
> Processual civil e tributário. Execução fiscal. Penhora *on-line*. Sistema Bacen-Jud. Requerimento feito no regime anterior ao art. 655, I, do CPC (redação dada pela Lei 11.382/2006).
> 1. A jurisprudência atual desta Corte firmou-se no sentido de que, após a vigência da Lei 11.382/2006, o bloqueio de ativos financeiros por meio de penhora *on-line* não requer mais o esgotamento de diligências para localização de outros bens do devedor passíveis de penhora, sendo admitida hoje a constrição por meio eletrônico sem essa providência.
> 2. Recurso especial provido (STJ - REsp 1194067/PR - 2ª Turma - Rel.ª Min.ª Eliana Calmon - *DJe* de 1º.07.2010).

Em face do exposto, dou provimento ao presente recurso, reformando a decisão agravada e deferindo o pedido de penhora *on-line* dos bens da agravada.

Custas, pela agravada.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Com a Relatora, revendo entendimento que adotava anteriormente, diante da jurisprudência firmada pelo col. STJ, sob rito de recurso repetitivo.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Danos morais - Ação de indenização - Legitimidade passiva - Instituição mantenedora do banco de dados restritivos ao crédito - Parte legítima - Prévia notificação do devedor - Obrigatoriedade - Súmula 359 do STJ - Prova - Ausência - Art. 43, § 2º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Descumprimento - Devedor contumaz - Não comprovação - Dano moral caracterizado - *Quantum* - Majoração - Plausibilidade - Caráter punitivo e compensatório

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização por danos morais c/c pedido liminar. Ilegitimidade passiva. Preliminar rejeitada. Inclusão em cadastro de proteção ao crédito. Comunicação prévia. Necessidade. Responsabilidade do órgão de manutenção do cadastro. Art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Não comprovação. Devedor contumaz. Inocorrência. Dano moral puro. Indenização devida. Fixação. Critérios. Razoabilidade e proporcionalidade.

- A empresa gestora de banco de dados, aberto à consulta a viabilizar a análise e concessão de crédito, é parte legítima para compor o polo passivo de ação de indenização por danos morais, se viola o preceito contido no art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

- Incumbe exclusivamente ao órgão de manutenção de cadastros de inadimplentes, que atua como depositário de informações, a obrigação de comunicar ao consumidor a inscrição de seu nome nos arquivos de inadimplentes (art. 43, § 2º, do CDC), evitando eventual restrição indevida. A ausência de comunicação ao consumidor gera o dever de reparar o dano moral sofrido, tendo em vista a inclusão do seu nome nos cadastros de inadimplentes sem que ao menos lhe fosse concedida a oportunidade de discussão do débito.

- O autor não é devedor contumaz, porquanto antes da inscrição feita pela ré não existia nenhuma outra inscrição anterior em nome do mesmo.

- Existe um inegável nexo de causalidade entre a conduta da ré e o dano causado ao autor, já que, na espécie, a ofensa moral é presumida.

- Ao arbitrar a indenização, o julgador deve levar em conta o grau de constrangimento e as consequências advindas para a vítima, bem como o caráter preventivo para coibir novas ocorrências, mas evitando possibilitar lucro fácil ou reduzir a reparação a valor irrisório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.479362-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1ª) Associação Comercial de São Paulo, 2º) Márcio Aparecido de Oliveira - Apelados: Márcio Aparecido de Oliveira, Associação Comercial de São Paulo - 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 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 REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 20 de janeiro de 2011. - *Rogério Medeiros* - Relator.

Notas taquigráficas

Produziu sustentação oral, pela primeira apelante, o Dr. Heugem Souza Oliveira.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Cuida-se de recursos de apelação interpostos por Associação Comercial de São Paulo e por Márcio Aparecido de Oliveira, qualificados nos autos, contra sentença proferida em ação de indenização por danos morais c/c pedido liminar, movida pelo segundo apelante contra a primeira.

Alega o autor na inicial, em síntese, que em meados de novembro de 2008 tentou realizar compras e descobriu que seu nome estava negativado pela ré, fato que lhe causou constrangimento porque jamais recebeu qualquer notificação relativa àquelas inclusões e informa que teve seus documentos furtados e utilizados por terceiro de má-fé. Pugnou, liminarmente, pela exclusão de seu nome do cadastro negativador e por uma indenização por danos morais no valor de R$15.000,00.

A liminar fora indeferida à f. 28.

Sobreveio a sentença de f. 99/104, que julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré a pagar ao autor a quantia de R$500,00 a título de danos morais, acrescida de correção monetária contada da data da decisão e de juros de mora de 1% ao mês desde a data da citação até o efetivo pagamento.

Irresignada, a ré apelou (f. 105/127), alegando, preliminarmente, ilegitimidade passiva, por não ter sido a responsável pela inclusão do nome do autor em seu cadastro. No mérito, diz que cumpriu integralmente sua obrigação estabelecida no § 2º do art. 43 do CDC, enviando a comunicação de inclusão ao exato endereço fornecido pelo credor, conforme documentação anexa; inexistência de unilateralidade dos documentos juntados, tendo em vista se tratar de provas idôneas e chanceladas pela EBCT; inexistência de dano moral, por ser o autor

devedor contumaz, constando 3 apontamentos em seu nome e, além disso, o apelado não nega a existências de dívidas, admitindo tacitamente que é devedor; colacionou jurisprudências, invocou a Súmula 385 do STJ e, na eventualidade de manutenção da sentença, pediu a redução do valor arbitrado a título de danos morais.

O autor apresentou contrarrazões às f. 166/171, pugnando pelo desprovimento do recurso pela ré.

Também irresignado, o autor recorreu às f. 151/156, pedindo a majoração do valor da indenização por danos morais para R$ 7.000,00, quantia esta que atenderia ao caráter punitivo e evitaria novos danos.

Embora intimada, a ré não apresentou contrarrazões, conforme se verifica da certidão de f. 180.

Preparo regular da ré à f. 150.

O autor litiga sob o pálio da justiça gratuita, o que justifica a ausência do preparo recursal.

Conheço dos recursos, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Primeira apelação.

Preliminar de ilegitimidade passiva.

A legitimidade passiva consiste na titularidade do réu para figurar na relação jurídica posta em causa, sendo a pessoa indicada a suportar os efeitos da condenação, caso a ação seja julgada procedente.

A respeito da legitimação para agir, leciona o insigne José Frederico Marques:

> 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 (in *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Editora Forense, p. 41).

Na hipótese, configurada a relação jurídico-material entre o inadimplente e a instituição que mantém o banco de dados restritivos de crédito, esta é parte legítima para figurar em ação que vise ao ressarcimento por danos morais sofridos em decorrência do ato de negativação em si.

Ressalte-se que, no caso, tratando a ré de instituição meramente mantenedora de cadastro de inadimplentes, não pode responder pela legitimidade, validade e eficácia, ou não, do crédito inscrito em seus cadastros.

Contudo, trata-se de suposta irregularidade do registro em si, da falta de notificação do devedor, que é conduta própria da instituição mantenedora do cadastro, que teria deixado de notificar validamente tal inclusão do devedor.

A teor do que dispõe o § 2º do art. 43 do CDC, a obrigação pela efetivação da notificação sobre a negativação é atribuição da entidade mantenedora do cadastro de inadimplentes, pois é quem mantém o cadastro, no exclusivo exercitamento das suas finalidades institucionais, tendo ou não fins lucrativos.

A propósito:

> Civil e processual. Ação de indenização por ausência de comunicação da inscrição. Impossibilidade jurídica. Ilegitimidade passiva do banco credor. CDC, art. 43, § 2º. I. A cientificação do devedor sobre a inscrição prevista no citado dispositivo do CDC constitui obrigação exclusiva da entidade responsável pela manutenção do cadastro, pessoa jurídica distinta, de modo que o credor, que meramente informa da existência da dívida, não é parte legitimada passivamente por ato decorrente da administração do cadastro. II. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 345674/PR, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, j. em 18.03.2002).

Tal questão foi inclusive objeto de análise do Recurso Especial nº 1.061.134-RS (2008/0113837-6) com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC, tendo restado ementado:

> Ementa: Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito sem prévia notificação. Legitimidade passiva do órgão mantenedor do cadastro restritivo. Dano moral reconhecido, salvo quando já existente inscrição desabonadora regularmente realizada, tal como ocorre na hipótese dos autos. I - Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC. – Orientação. – 1. Os órgãos mantenedores de cadastros possuem legitimidade passiva para as ações que buscam a reparação dos danos morais e materiais decorrentes da inscrição, sem prévia notificação, do nome de devedor em seus cadastros restritivos, inclusive quando os dados utilizados para a negativação são oriundos do CCF do Banco Central ou de outros cadastros mantidos por entidades diversas. - Orientação. - 2. A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, § 2º, do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexista inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min.ª Relatora quanto ao ponto. II - Julgamento do recurso representativo. - É ilegal e sempre deve ser cancelada a inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito realizada sem a prévia notificação exigida pelo art. 43, § 2º, do CDC. - Não se conhece do recurso especial quando o entendimento firmado no acórdão recorrido se ajusta ao posicionamento do STJ quanto ao tema. Súmula nº 83/STJ. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar o cancelamento da inscrição do nome do recorrente realizada sem prévia notificação. Ônus sucumbenciais redistribuídos. (STJ, Recurso Especial nº 1.061.134 - RS (2008/0113837-6), Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, j. em 10.12.2008).

Logo, rejeito a preliminar.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - De acordo.

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - De acordo.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Mérito.

A pretensão indenizatória, contida na exordial de f. 02/11, decorre da falta de notificação prévia e do lançamento do nome do autor no banco de dados do órgão de proteção ao crédito denominado ACSP, fatos ocorridos em 03.10.2007 e 18.11.2007, procedimento que, segundo o autor, lhe acarretou ofensa de natureza moral, emergindo daí o direito de ser reparado civilmente.

A causa de pedir está centrada na alegação de que o autor não foi regular e previamente comunicado de que seu nome seria levado a registro no banco de dados gerido pela ACSP.

À luz do art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, deve o devedor ser cientificado previamente da negativação de seu nome em cadastros de proteção ao crédito, sendo que a falta de comunicação enseja a anulação de tal inscrição, exatamente para possibilitar ao devedor a possibilidade de regularização de tal débito, evitando, dessarte, erros e situações vexatórias.

Nesse sentido, confira o seguinte aresto do eg. Superior Tribunal de Justiça:

> Civil. Processual civil. Recurso especial. Ação de indenização. Danos morais. Inocorrência. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Notificação prévia. Art. 43, § 2º, do CDC. Ilegitimidade passiva do banco-recorrente. Erro no valor da dívida inscrita no órgão de proteção ao crédito. Inocorrência de ato ilícito. - 1. Conforme entendimento firmado nesta Corte, a comunicação ao consumidor sobre a inscrição de seu nome nos registros de proteção ao crédito constitui obrigação do órgão responsável pela manutenção do cadastro e não do credor, que apenas informa a existência da dívida. Aplicação do § 2º, art. 43 do CDC. *In casu*, não há legitimidade passiva do banco-recorrente (Precedentes: REsp nº 345.674/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, *DJU* de 18.03.2002; REsp nº 442.483/RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, *DJU* de 12.05.2003). - 2. O simples erro no valor inscrito da dívida, em órgão de proteção ao crédito, não tem o condão de causar dano moral ao devedor, haja vista que não é o valor do débito que promove o dano moral ou o abalo de crédito, mas o registro indevido, que, no caso, não ocorreu, uma vez que a dívida existe, foi reconhecida pelo autor e comprovada, expressamente, pelo acórdão recorrido. (Precedente: REsp nº 348.275/PB, Rel. Min. César Asfor Rocha, *DJ* de 02.09.2002). 3. Recurso conhecido e provido (REsp 831162/ES, Rel. Min. Jorge Scartezzini, p. 21.08.2006, p. 265).

Inclusive recentemente, no dia 08.09.2008, foi publicada a Súmula 359 do STJ, que não deixa mais dúvidas: "Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição".

Ao que se vê, a jurisprudência é assente no sentido de que constitui dever do órgão de proteção ao crédito comunicar previamente ao devedor que o seu nome está sendo inscrito em cadastro negativo de crédito.

Por outro lado, os documentos de f. 61/62 não fazem prova bastante da comunicação prévia ao autor. Neles, há apenas referência a "comunicações de débito remetidas em 10/11/2007 e 15/12/2007", o que não basta à comprovação pretendida, sobretudo quando se visualiza que o endereço do consumidor, declinado em tais documentos, não corresponde ao revelado na peça de ingresso.

Ressalte-se que não se discute aqui a unilateralidade dos documentos emitidos pela ECT, mas tão somente a falta de comprovação da efetiva comunicação prévia da inscrição no cadastro negativador, já que não há nos autos qualquer documento que comprove a emissão e remessa da notificação ao endereço do devedor, sendo desnecessária a prova do seu recebimento.

Registra-se, também, que o autor não trata de devedor contumaz, porquanto as inscrições questionadas foram causadas única e exclusivamente pela ré, sendo certo que, antes da inscrição ocorrida em 18.11.2007 (f. 22), não existia nenhuma outra inscrição anterior em nome do autor. A inscrição ocorrida em 07.07.2003 já havia sido cancelada desde 16.08.2004 (f. 60).

Salienta-se que, ao contrário do alegado, o autor negou veementemente o débito, imputando a negativação de seu nome a terceiro de má fé (f. 02).

Dentro desse contexto, existe um inegável nexo de causalidade entre a conduta da ré e o dano causado ao autor, já que, na espécie, a ofensa moral é presumida. Ou seja, para que surja a obrigação de indenizar, basta que o nome do devedor seja indevidamente inscrito no SPC, Serasa ou qualquer outro órgão de proteção ao crédito. Some-se a isso o fato de que o autor somente veio a tomar ciência da restrição através de terceiro, configurando, dessarte, o constrangimento.

Veja julgados a respeito:

> A inclusão indevida do nome do devedor no SPC gera a obrigação de indenizar por danos morais, independentemente de comprovação dos danos por ele sofridos (extinto TAMG, 6ª C. Civil, Ap. Cív. 381.829-9; Rel. Juiz Dídimo Inocêncio de Paula. j. em 27.02.2003).

> O dano moral pautado na ofensa à honra e à imagem da pessoa, decorrente da indevida negativação do nome desta junto a órgão de proteção ao crédito, é presumível *ipso facto*, sendo inexorável sua repercussão psíquico-social, não necessitando de prova atinente a prejuízo material, pois trata-se de *damnum in re ipsa* (extinto TAMG, AC 323.963-6, 1ª C.Civil, Rel. Juiz Nepomuceno Silva, j. em 06.02.2001).

O colendo STJ, ao se pronunciar sobre a matéria debatida nestes autos, deliberou:

> Recurso especial. Inscrição. Serasa. Falta de comunicação prévia. Art. 43, § 2º, do CDC. Dano moral configurado. Precedentes do STJ. - A inobservância da norma inserta no

> art. 43, § 2º, do CDC por parte da entidade responsável pela manutenção de cadastro de inadimplentes enseja danos morais ao consumidor que tem o nome inscrito em tal circunstância. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 773.871/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª T., j. em 17.11.2005, *DJ* de 13.03.2006, p. 334).

Colaciono o Recurso Especial nº 11.062.336-RS (2008/0115487-2) também com os efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC:

> Ementa: Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito sem prévia notificação. Dano moral reconhecido, salvo quando já existente inscrição desabonadora regularmente realizada, tal como ocorre na hipótese dos autos. I - Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC. - Orientação: A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, § 2º, do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexista inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min.ª Relatora quanto ao ponto. II - Julgamento do recurso representativo. - Não se conhece do recurso especial, quando o entendimento firmado no acórdão recorrido se ajusta ao posicionamento do STJ quanto ao tema. Súmula nº 83/STJ. Recurso especial não conhecido. (STJ, Recurso Especial nº 11.062.336-RS (2008/0115487-2), Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 10.12.2008.)

A questão acerca do *quantum* indenizatório será analisada no primeiro recurso, para que se evite a *reformatio in pejus*.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva e nego provimento ao recurso. Custas recursaism, pela ré, ora apelante.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - De acordo.

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - De acordo.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Segunda apelação.

Cinge-se o recurso ao pedido de majoração do valor arbitrado pelo douto Juiz em R$500,00 para R$ 7.000,00.

A tormentosa questão do arbitramento do valor do dano moral vem desafiando o estabelecimento de critérios menos subjetivos, mas, enquanto não editadas normas específicas, prevalece o prudente arbítrio do julgador.

Rui Stoco, em sua obra *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, 3. ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 497, sustenta:

> O eventual dano moral que ainda se possa interferir, isolada ou cumulativamente, há de merecer arbitramento tarifado, atribuindo-se valor fixo e único para compensar a ofensa moral perpetrada.

Oportuno lembrar a lição de Maria Helena Diniz (in *Curso de direito civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7, p. 78/79):

> A fixação do *quantum* competirá ao prudente arbítrio do magistrado de acordo com o estabelecido em lei, e nos casos de dano moral não contemplado legalmente a reparação correspondente será fixada por arbitramento (CC, art. 1.553, *RTJ*, 69: 276, 67: 277). Arbitramento é o exame pericial tendo em vista determinar o valor do bem, ou da obrigação, a ele ligado, muito comum na indenização dos danos. É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender; culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). Na avaliação do dano moral o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação eqüitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral o juiz determina, por eqüidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência.

Ao arbitrar a indenização, o julgador deve levar em conta o grau de constrangimento e as consequências advindas para a vítima, bem como o caráter preventivo para coibir novas ocorrências, mas evitando possibilitar lucro fácil ou reduzir a reparação a valor irrisório.

Nesse sentido, a jurisprudência do Colendo STJ:

> Direito civil. Agravo no agravo de instrumento. Dano moral e dano à imagem. Reexame de provas. Critério para fixação do valor da indenização. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Para a fixação do valor da indenização por danos morais devem-se considerar as condições pessoais e econômicas das partes e as peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito (STJ, 3ª T., AGA 425317/RS, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. em 24.06.2002).

Pacificado, portanto, que, além da reparação, a condenação por danos morais tem a função intimidatória e pedagógica, visando a que o infrator se previna para que o fato ilícito não seja repetido.

No presente caso, considerando que o pedido de majoração se limitou a R$7.000,00 (sete mil reais), entendo que a fixação da reparação do dano moral no valor de R$500,00 (quinhentos reais) não está condizente com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devendo mesmo ser majorada para R$ 7.000,00 (sete mil reais), valor este que considero atender ao caráter punitivo, porque visa a castigar o causador do dano pela ofensa que praticou; além de preservar o caráter compensatório, que proporciona à vítima algum bem em contrapartida ao mal sofrido.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para condenar a ré a pagar ao autor a quantia de

R$ 7.000,00 (sete mil reais), a título de danos morais, quantia esta corrigida monetariamente pelos índices da Tabela da Corregedoria-Geral de Justiça e acrescida de juros de mora de 1% desde a publicação deste acórdão.

Custas recursais, pela ré, ora apelada.

VALDEZ LEITE MACHADO - Registro ter ouvido com atenção a sustentação oral proferida pelo ilustrado Dr. Procurador.

DES. ANTÔNIO DE PÁDUA - Também ouvi com atenção o ilustre advogado. Tenho posição firmada com relação aos processos que envolvem o descumprimento do art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, em que, para mim, vale o envio da comunicação ao endereço conhecido do credor e também do banco de dados.

Todavia, no caso presente, discute-se a questão à luz de que os documentos do 2º apelante foram furtados e usados indevidamente e, por conseguinte, a notificação não chegou ao seu conhecimento. Por esse detalhe, estou também subscrevendo integralmente o voto do eminente Relator.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PROVIMENTO AO SEGUNDO.

...

Ação de cobrança - Seguro de veículo - Acidente - Motorista alcoolizado - Prova - Agravamento do risco - Cláusula excludente de cobertura - Licitude - Descumprimento do contrato por parte da segurada

Ementa: Cobrança. Seguro automobilístico. Condutor sob efeito de bebida alcoólica. Prestação de informações falsas quando da comunicação do sinistro. Infrações contratuais. Perda da cobertura. Sentença mantida.

- Encontrando-se o condutor do veículo, filho do segurado, no momento do acidente, sob o efeito de bebida alcoólica, resta justificada a exclusão da cobertura contratual.

- Também infringe o contrato, perdendo a cobertura, o segurado que presta informações falsas quando da comunicação do sinistro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.571770-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Telma Vieira Nunes - Apelado: HDI Seguros S.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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 15 de março de 2011. - *Generoso Filho* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo apelante, o Dr. Marcos Chaves Viana.

DES. GENEROSO FILHO - Trata-se de ação ordinária de cobrança proposta por Telma Vieira Nunes em face de HDI Seguros S.A., em que o Juiz primevo, às f. 172/176, julgou improcedente o pedido inicial e condenou a autora ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da causa.

Às f. 181/189, Telma Vieira Nunes interpôs recurso de apelação, narrando que, em 23.03.2007, seu filho trafegava com o veículo segurado quando, após ter sido fechado por um veículo não identificado, perdeu o controle da direção e colidiu com uma árvore. Solicitada a cobertura do seguro, a apelada recusou, ao argumento de que o condutor do veículo estava sob efeito de álcool.

Alega a apelante que tal recusa não pode prevalecer, pois o suposto estado de embriaguez do condutor não foi a causa determinante do acidente, e a segurada não contribuiu para que o acidente ocorresse. Afirma que não há nos autos prova cabal da suposta embriaguez de seu filho e que não houve laudo médico ou teste de bafômetro.

Sustenta ainda que, ainda que se considerasse que o condutor do veículo havia ingerido bebida alcoólica, tal fato não seria suficiente para acarretar a perda da cobertura securitária, sendo necessária a prova do nexo de causalidade entre o alegado estado de embriaguez e o acidente, o que não existe nos autos.

Finalmente, argumenta que, na forma do art. 768 do Código Civil, o segurado só perde o direito à garantia se agrava intencionalmente o risco. Ou seja, a lei exige conduta direta do segurado, o que não existe no caso, já que a segurada emprestou seu carro para seu filho, maior de idade e há muitos anos habilitado, na mais ampla e irrestrita boa-fé.

HDI Seguros S.A. apresentou contrarrazões às f.191/203, insurgindo-se contra as alegações da apelante e pugnando pela manutenção da sentença.

Verificados os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Não havendo preliminares a decidir, passo ao exame do mérito.

A autora pede nos autos indenização securitária, tendo em vista sinistro ocorrido com o veículo Ford Ka, placa GZH-1045, de sua propriedade e conduzido na ocasião por seu filho.

A seguradora ré se nega ao pagamento, argumentando que há cláusula contratual excludente de cobertura, qual seja a condução do veículo por pessoa que esteja sob a ação do álcool quando da ocorrência do sinistro.

Vejamos:

A apólice está às f.12/13, e o recibo de pagamento do prêmio consta de f. 14.

Às f. 112/142, a ré juntou as Condições Gerais do Seguro. Na cláusula nona, que trata da perda de direitos, está previsto que (f. 115/116):

> Além dos casos previstos em lei, a HDI Seguros ficará isenta de quaisquer obrigações decorrentes desta apólice se:
> a) o Segurado, beneficiário, representante ou corretor de seguros não fizer declarações verdadeiras e completas ou omitir circunstâncias de seu conhecimento que pudessem ter influenciado na aceitação da proposta ou na fixação do prêmio e/ou na análise das circunstâncias decorrentes do sinistro, especialmente as informações prestadas no questionário de avaliação do risco;
> [...]
> e) o veículo estiver sendo conduzido por pessoa que esteja sob a ação do álcool, de drogas ou entorpecentes de uso fortuito, ocasional ou habitual, quando da ocorrência do sinistro. Esta hipótese da perda de direitos aplica-se em qualquer situação, abrangendo não só os atos praticados diretamente pelo segurado, mas também os praticados por toda e qualquer pessoa que estiver dirigindo o veículo, com ou sem consentimento do segurado;
> [...]
> n) o segurado não fizer declaração verdadeira e completa ou omitir qualquer circunstância relacionada ao acidente envolvendo o veículo.

No boletim de ocorrência de f.16/19, consta a seguinte narrativa:

> Comparecemos ao local do fato onde deparamos com o veículo Ford Ka de cor cinza, placa GHZ-1045, que se chocou contra uma árvore. Tendo seus ocupantes Artur Luís Pacheco Nunes Júnior e Samantha Álvares da Silva Campos, condutor e passageira respectivamente, ambos com ferimentos aparentemente leves, assistidos ao Hospital João XXIII [...].

O policial também relata que:

> Durante entrevista com o condutor do Ford Ka (Artur Luís), ainda no interior da UR, este apresentava fortes sintomas de ter ingerido bebida alcoólica, tais como: olhos vermelhos, teor etílico [...] Ao ser entrevistado por este relator, Artur Luís Pacheco fez gestos obscenos com os dedos. Na ficha de Artur Luís no HPS consta que ele deu entrada com sintomas de embriaguez. Em contato com a passageira/vítima do Ford Ka, esta relatou-nos que Artur havia ingerido quantidade considerável de bebida alcoólica, tendo inclusive orientado ao namorado (Artur) a pegar um táxi.

A primeira testemunha, Samantha Maria Álvares da Silva Campos, foi ouvida como informante. Declarou que é namorada do condutor do veículo (filho da autora); que

> o acidente ocorreu por volta das cinco ou cinco e meia horas da madrugada, quando a depoente e o filho da requerente estavam no veículo segurado, voltando de uma boate; que o filho da requerente era o condutor do veículo e havia ingerido bebida alcoólica; que Artur não havia ingerido muita bebida alcoólica, mas cerca duas ou três *long necks* de cerveja; que na avenida do Contorno o veículo segurado esbarrou em um outro veículo, houve uma perseguição por parte do condutor deste outro veículo, vindo o condutor do veículo segurado perder o controle da direção e a colidir com uma árvore na avenida Prudente de Morais.

A segunda testemunha, Márcio Câmara Gouvêa, afirmou que exerce a função de porteiro em um edifício situado na Av. Prudente de Morais, nº 858. Disse que não presenciou o acidente; que estava conversando com um morador do prédio quando ouviu o barulho da colisão; que

> saiu para fora prédio e viu um veículo Ford Ka batido em uma árvore; [...] que não viu se havia outro veículo próximo ao veículo acidentado no local do acidente quando chegou ao referido local; que parece que a colisão do referido veículo foi com uma lixeira e uma árvore na avenida.

A terceira testemunha, Paulo César Souza do Carmo, disse ter redigido o boletim de ocorrência de f.16/19 e confirmou o histórico da ocorrência integralmente.

Ou seja, restou provado que o veículo, no momento do acidente, era conduzido por pessoa que estava sob efeito de bebida alcoólica. Ressalte-se que tal prova não há que ser necessariamente feita mediante laudo pericial. Conforme demonstrado acima, testemunhas presenciaram a ingestão da bebida alcoólica, o policial percebeu sintomas de tal ingestão e atestou no boletim de ocorrência (que tem presunção de veracidade) e no próprio hospital foi percebido o fato.

Nesse sentido:

> Apelação cível. Ação de reparação de danos. Contrato de seguro. Acidente de trânsito. Embriaguez do segurado. Comprovação. Agravamento de risco. Indenização securitária. Negativa de cobertura. Licitude. Honorários advocatícios. - O boletim de ocorrência, mesmo sendo um documento produzido unilateralmente, possui presunção de veracidade e tem força probante, devendo a parte interessada, em observância ao disposto no art. 333, II, do CPC, desconstituir as informações ali contidas. Não tendo o apelante produzido nenhuma prova contundente com força

suficiente para elidir o seu estado alcoólico certificado pelos policiais que foram testemunhas na lavratura do auto de constatação de embriaguez, outra conclusão não há senão a de que o recorrente estava dirigindo sob os efeitos do álcool. O estado etílico do segurado, além de importar em agravamento do risco objeto do contrato, foi determinante para a ocorrência do acidente, o que afasta o dever da seguradora de efetuar o pagamento dos valores reclamados. Nos termos do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, nas causas em que não houver condenação, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a, b* e *c* do § 3º do mesmo artigo. Recurso provido em parte. (Apelação Cível nº 1.0024.08.243280-8/001, Comarca de Belo Horizonte, Relatora Des.ª Electra Benevides, 10ª Câmara Cível do TJMG, j. em 19.01.2010).

Logo, foi configurada a hipótese da alínea *e* da cláusula nona, excluindo a cobertura.

A apelante se defende argumentando que o suposto estado de embriaguez do condutor não foi a causa determinante do acidente.

No entanto, a cláusula contratual é clara ao dispor que se perde a cobertura se "o veículo estiver sendo conduzido por pessoa que esteja sob a ação do álcool, de drogas ou entorpecentes de uso fortuito, ocasional ou habitual, quando da ocorrência do sinistro". Não discute causa do acidente.

A conduta da seguradora não é abusiva, já que a condução do veículo sob o efeito de substância entorpecente, além de ser infração de trânsito, obviamente agrava o risco.

A apelante aduz que a causa exclusiva do acidente foi a perseguição realizada por um segundo veículo. Entretanto, a existência de tal veículo sequer ficou esclarecida nos autos, em virtude da inconsistência dos depoimentos nesse sentido. A testemunha informante Samantha só apresentou tal versão em juízo, enquanto no dia do acidente relatou ao policial somente a embriaguez do namorado. E a testemunha Márcio, que teria relatado ao policial haver um outro veículo, não confirmou a declaração em juízo e disse não ter presenciado o acidente.

Logo, se não se sabe ao certo se houve ou não tal perseguição, tampouco há prova de que foi a única causa do acidente.

Mas, ainda que o acidente tivesse sido causado pela perseguição de um outro veículo, é evidente que os reflexos do condutor seriam melhores na situação adversa se não estivesse alcoolizado.

A apelante argumenta que, na forma do art. 768 do Código Civil, o segurado só perde o direito à garantia se agrava intencionalmente o risco. Ou seja, diz que se exige conduta intencional e direta do próprio segurado.

Entretanto, da leitura atenta do referido dispositivo, observa-se que a lei não faz tal restrição, não coloca como única hipótese de perda de cobertura o agravamento intencional do risco pelo próprio segurado. Há outras hipóteses legais de perda de cobertura, como as dos arts. 763, 766, 769.

Leia-se: "Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato".

Entendo que, ao emprestar o veículo, a segurada assumiu o risco em relação às atividades praticadas pelo condutor. E este, ao ingerir bebida alcoólica e dirigir, agravou o risco intencionalmente, ciente de que praticava infração, tendo sido inclusive advertido previamente pela namorada, conforme consta do boletim de ocorrência. Além do que, repito: a cláusula nona, alínea *e* é clara ao prever perda da cobertura se o condutor estiver sob efeito de álcool. E a questão nos autos é referente à infração contratual.

Nesse sentido:

Ação de cobrança. Apólice de seguro. Acidente de trânsito. Uso de bebida alcoólica. Comprovação. Risco excluído. Sentença mantida. - A existência de cláusula expressa em contrato de seguro, destinada a excluir a cobertura securitária se o condutor do veículo acidentado estiver sob o efeito de álcool - o que prepondera e faz agravar o risco -, torna legítima a recusa da seguradora em efetuar o pagamento da indenização postulada (Apelação Cível nº 1.0024.06.149783-0/001, Comarca de Belo Horizonte,- Relator Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, 18ª Câmara Cível do TJMG, j. em 30.10.2007).

Apelação. Ação de cobrança. Acidente de veículo. Direção sob efeito de álcool. Pagamento do capital segurado. Fato impeditivo. Pedido improcedente. Seguro desprovido. - O condutor, ao dirigir veículo automotor sob a influência de álcool, contribuiu, voluntária e decisivamente, com o agravamento do risco, ensejando a perda do direito à garantia contratada, nos termos do art. 768 do CC/2002. Portanto, o não pagamento da indenização securitária configurou procedimento acertado, em face das condições do seguro, já que se configura fato impeditivo do direito de recebimento da indenização securitária a direção sob o efeito do álcool. (Apelação Cível nº 1.0621.06.013673-9/001, Comarca de São Gotardo, Relator Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível do TJMG, j. em 1º.10.2009).

Ainda que assim não fosse, vê-se que foi infringida também a alínea *n* da cláusula nona.

A segurada omitiu circunstância relacionada ao acidente quando comunicou o sinistro, pois, conforme se vê do documento de f. 68, afirmou não ter havido intervenção policial no momento do acidente.

A segurada apresentou à seguradora, ainda, a declaração de f. 110, assinada pelo condutor do veículo, em que este afirma que "não foi feita ocorrência" e que "o veículo foi removido para o pátio do Detran devido à falta de documentação". Entretanto, foi lavrado boletim de ocorrência no local, na presença do referido condutor do veículo, e consta claramente de tal documento policial que o veículo foi apreendido, assim como a CNH de

Artur Luís, porque este dirigia sob efeito de bebida alcoólica.

Assim, entendo que houve infração contratual a ensejar perda da cobertura por parte da segurada, pelo que a sentença recorrida não merece reforma.

Afinal, conforme o art. 765 do Código Civil, "o segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes". E é evidente pela prova dos autos que a segurada não respeitou a referida norma.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença recorrida por seus termos e fundamentos.

Custas, pela apelante.

Em síntese, para efeito de publicação (art. 506, III, do CPC):

Negaram provimento ao recurso.

Custas, pela apelante.

DES. OSMANDO ALMEIDA - De acordo.

DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA - De acordo.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Condomínio - Extinção - Direito potestativo - Usucapião - Matéria de defesa - Inventário e partilha - Decisão - Quota-parte ideal - Sucessores - Benfeitorias - Realização por quem a título de permissão ou tolerância ocupou a coisa - Irrelevância - Sentença - Nulidade - Suficiência de provas - Exame - Juízo - Destinatário da prova - Cerceamento de defesa - Inocorrência

Ementa: Extinção de condomínio. Direito potestativo. Usucapião. Matéria de defesa. Inventário e partilha. Sucessão. Quota parte ideal. Benfeitorias eventualmente realizadas por quem a título de permissão ou tolerância ocupa a coisa. Irrelevância.

- A extinção do condomínio é direito potestativo passível de ser exercido por qualquer um dos coproprietários da coisa comum.

- A situação efêmera e transitória a que se encontra sujeito aquele que usa a coisa, cuja quota- parte recebeu por herança, em decorrência de atos de mera tolerância ou permissão dos falecidos proprietários ou demais condôminos, não autoriza a aquisição integral da propriedade pela usucapião.

- Existindo sentença, recentemente proferida em processo de inventário e partilha, atribuindo partes iguais da coisa a todos os herdeiros, não há falar na sobreposição da quota ideal de um dos condôminos sobre a dos demais, ao argumento de que teria realizado benfeitorias passíveis de indenização.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.683355-7/001 - Comarca Belo Horizonte - Litisconsorte: Célio Rizo de Lourdes. Apelados: Sílvio Rizo de Lourdes Filho, Alzira do Carmo, Ephigênia Cândida, Thereza do Carmo Matos, Lourdes de Carmo. Apelantes: Miguel Alexandre de Lourdes, Heloísa Helena de Lourdes - 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 e negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 16 de fevereiro de 2011. - *Selma Marques* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª SELMA MARQUES - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de f. 101/102, que, nos autos da demanda ajuizada por Thereza do Carmo Matos e outros contra Miguel Alexandre e outros, julgou procedentes os pedidos iniciais para determinar a extinção do condomínio sobre o imóvel descrito na inicial, ordenando a alienação judicial da coisa e, respeitada a fração ideal de cada parte, a consequente sub-rogação de cada proprietário sobre o produto da venda.

Inconformada apela a parte ré, f. 103/107, aduzindo inicialmente preliminar de cerceamento de defesa. Assevera que as diligências probatórias que requereu não são dispensáveis ou meramente protelatórias. Adentrando ao mérito assinala a existência de usucapião em relação à parte do imóvel pertencente aos demandantes. Aponta também a necessidade de indenização pelas edificações que realizou.

A resposta foi oferecida às f. 109/114.

Da preliminar de nulidade da sentença.

No sistema processual brasileiro "não são as partes ou eventuais terceiros intervenientes os destinatários das provas. É para quem julga a causa que ela deve ser produzida". Por isso, "na medida em que o juiz estiver convencido das alegações das partes ou de terceiros, não há razão para se produzir qualquer prova". (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso*... t. 1, v. 2, 2007, p. 234-235.)

Nesse sentido, também o STJ:

> Cerceamento de defesa. - O juiz é o destinatário da prova e a ele cabe decidir sobre o necessário à formação do próprio convencimento. Assim, a apuração da suficiência dos elementos probatórios que justificaram o julgamento antecipado da lide e/ou o indeferimento de prova pericial demanda reexame provas. (AgRg no REsp 809788/RS - Agravo Regimental no Recurso Especial 2006/0005497-4 - Ministro Humberto Gomes de Barros (*DJ* de 12.12.2007, p. 416).

Pretende a parte ré basicamente a realização de prova testemunhal para demonstrar terem usucapido o imóvel sobre o qual recai a pretensão de extinção de condomínio, e, ainda, para quantificação de eventuais construções realizadas na coisa para fins de ressarcimento.

Todavia, ambas as questões, como será demonstrado, podem ser enfrentadas considerando-se a prova documental carreada aos autos, bem como a força do direito material em questão.

Por isso, não há falar em cerceamento de defesa.

Isso posto, rejeito a preliminar.

Do mérito.

Como bem delineado pela sentença a extinção de condomínio é direito potestativo passível de ser exercido por cada um dos coproprietários da coisa comum.

Portanto diante da cópia da matrícula do imóvel acostada à f. 15-anverso e verso - dos autos, inconteste o suporte fático exigido pelo art. 1.320 do Código Civil: "A todo o tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada uma pela sua parte nas despesas da divisão".

Todavia, conforme já destacado em análise da preliminar suscitada, duas são as questões opostas pela parte ré, como forma de obstar a pretensão autoral.

A primeira delas é que o imóvel teria sido usucapido. Todavia, o documento de f. 15-verso evidencia que o bem imóvel em questão foi transmitido aos herdeiros, dentre os quais os autores e o réu, apenas em 05.02.2007, em decorrência de processo de inventário e partilha que tramitou na 4ª Vara de Sucessões desta Capital, datado de 17.12.2001.

Note-se que todas as despesas atinentes à regularização da coisa, segundo os documentos de f. 60/63, não impugnados pela parte ré, não obstante intimada a fazê-lo, foram arcadas pela parte autora.

Esta é uma conduta que não se coaduna com o reconhecimento de outrem acerca da inexistência de direito superior ou melhor do que o seu.

A tomada da dianteira pela parte autora na regularização da coisa transmitida para ela e outros herdeiros - dentre eles a parte ré - em decorrência de processo de inventário datado de 2001, relativo aos falecimentos de Ancelmo Francisco e sua mulher Maria do Carmo Miranda, faz crer que eventual utilização da coisa pelos apelantes se dava em caráter de mera permissão ou tolerância.

O caráter permissivo da ocupação do imóvel pela parte autora é ainda reforçado pela localização topográfica da casa construída pelos autos, qual seja, o fundo, e não a frente, ou mesmo todo o lote. Referida situação tem uma explicação bastante plausível. É que, não obstante os réus residirem na coisa, ela também era, concomitantemente, ocupada, em outra parte, com ânimo de moradia, pelos falecidos autores da herança e depois pelas tias da parte autora.

Desse modo,

> formam-se relações jurídicas em que uma das partes exerce um poder sobre a situação jurídica da outra, ensejando o chamado direito potestativo. A parte que se encontra em estado de submissão não poderá evitar que a outra, unilateralmente, desconstitua sua situação fática sobre a coisa. Assim o usuário encontra-se em situação de poder transitório e efêmero sobre a coisa, inibindo eventual caracterização da posse. A situação de sujeição não se compatibiliza com a constituição de qualquer direito subjetivo, em face do objeto apreendido (ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 4. ed. 2007, p. 68).

Portanto desde logo resta elidida a defesa da ré consubstanciada na usucapião. O fato de estar a utilização da coisa pela parte ré subordinada ao consentimento dos autores da herança - *de cujus* - obsta o *animus domini*, necessário ao reconhecimento da usucapião, ainda que como matéria de defesa.

Em relação ao segundo argumento, sorte também não assiste à parte ré. Isso porque não descreve de forma exitosa quais as benfeitorias - termo usado na contestação, que não se refere a acessão ou construção - teria realizado na coisa, insistindo apenas em que as benfeitorias edificadas totalizariam o importe de R$85.000,00 (oitenta e cinco mil reais). Demais disso, a partilha já foi devidamente realizada em juízo para tanto competente, que atribuiu quotas iguais do terreno para cada um dos herdeiros, devendo ser observada a eficácia da sentença proferida, ademais já alcançada pelo trânsito em julgado.

À parte ré foi atribuída apenas a sétima parte da coisa, não tendo sido considerada qualquer benfeitoria ou acessão que, porventura, tenha realizado na coisa como forma de lhe reconhecer quota-parte ideal superior à de outros sucessores. Portanto, deve ser observado o que decidido no processo de inventário e partilha.

É despropositada a prentensão da ré em ser indenizada, não obstante a existência de sentença que lhe atribua apenas, conforme já aludido, a sétima parte da coisa, em importância ultrapassa a avaliação feita do imóvel, f. 16, e que é praticamente o dobro do importe reconhecido frente aos serviços de registro de imóveis, f. 15-verso.

Isso posto nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela parte apelante, suspensa, contudo, a exigibilidade do pagamento.

É como voto.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - De acordo com a Relatora.

DES. MARCELO RODRIGUES - De acordo com a Relatora.

Súmula - REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

...

Pensão por morte - Inclusão de companheira - União estável - Reconhecimento - Decisão judicial - Trânsito em julgado - Prova - Ausência - Sentença inoponível a terceiros - Segurança denegada - Manutenção

Ementa: Pensão por morte. Inclusão de companheira. Ausência de trânsito em julgado da decisão que reconheceu a união estável. Sentença não oponível a terceiros. Segurança denegada.

- Impõe-se a confirmação da sentença que julgou improcedente o pedido de inclusão de companheira no benefício previdenciário deixado pelo falecido, se não há prova do trânsito em julgado da decisão que reconheceu a união estável, porquanto esta ainda se mostra inoponível a terceiros.

Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.719691-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Jane Elisete dos Santos - Apelada: Beprem - Beneficência da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte - Autoridade Coatora: Presidente da Beprem - Beneficência da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de março de 2011. - *Vieira de Brito* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VIEIRA DE BRITO - O Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito Octavio Augusto de Nigris Boccalini, da 1ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte, denegou a ordem pleiteada no mandado de segurança impetrado pela Senhora Jane Elisete dos Santos contra ato do presidente do Beprem.

Inconformada, a Impetrante interpôs apelação, requerendo "o provimento do presente recurso de apelação, concedendo a segurança impetrada a apelante na medida em que receba a pensão por morte pelo falecimento de seu companheiro" (f. 111).

Juntou documentos às f. 112/117.

O recurso foi recebido pelo Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito apenas no efeito devolutivo.

Em contrarrazões, a Beprem se postou pelo desprovimento da apelação.

O Ministério Público opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, já que presentes seus pressupostos.

A apelante ajuizou ação em face do falecido Francisco Túlio Dohm Lemos, requerendo fosse reconhecida a união estável supostamente havida entre eles.

O ilustre Juízo da 6ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte julgou parcialmente procedente o pedido, sendo que tal sentença foi confirmada por este Egrégio Tribunal. Posteriormente, foi interposto recurso especial, seguido de agravo de instrumento e embargos de declaração.

Nada obstante, não há comprovação do efetivo trânsito em julgado da sentença que reconheceu a união estável entre a impetrante e o falecido.

Neste contexto, impõe-se a confirmação da sentença que julgou improcedente o pedido de inclusão de companheira no benefício previdenciário deixado pelo falecido, se não há prova do trânsito em julgado da decisão que reconheceu a união estável, porquanto esta ainda se mostra inoponível a terceiros.

Mediante tais fundamentos, e acolhendo o parecer ministerial, desprovejo a apelação.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BITENCOURT MARCONDES e FERNANDO BOTELHO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Cédula de crédito rural - Revisão contratual - Código de Defesa do Consumidor - Aplicação - Resolução nº 3.785/2009 do Bacen - Reescalonamento da dívida - Direito do devedor Art. 60, § 2º, do Decreto-lei 167/67 - Não atendimento - Aval - Nulidade

Ementa: Apelação. Revisão contratual. Cédula de crédito rural. Aplicação do CDC. Direito à securitização. Encargos de inadimplência. Aval sem o atendimento do art. 60, § 2º, do Decreto-lei 167/67.

- O reescalonamento da dívida é direito do devedor, desde que atendidos os requisitos legais e também o comando das resoluções do Banco Central sobre o tema.

- É nulo o aval dado em nota promissória rural ou duplicata rural, salvo quando dado pelas pessoas físicas participantes da empresa emitente ou por outras pessoas jurídicas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0707.10.000272-4/004 - Comarca de Varginha - Apelante: Banco Santander (Brasil) S.A. - Apelados: Andréa Galvão Nogueira Foresti e outra - 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

Belo Horizonte, 23 de março de 2011. - *Nilo Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NILO LACERDA - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco Santander Brasil S.A. em face da r. sentença de f. 273/280, proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Varginha, nos autos da ação ordinária em que contende com Andréa Galvão Nogueira Foresti e Gerusa Galvão Nogueira.

A r. sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido para confirmar a tutela antecipada concedida e declarar o direito das autoras de reescalonar o saldo devedor da Cédula Rural Pignoratícia Hipotecária nº 0000000003597 em conformidade com o que determina a Resolução nº 3.785/2009 do Bacen. Declarou nula a cláusula 11ª da cédula (campo 15.1), onde estão previstos os encargos de mora de 4,10% ao mês, mais juros de mora de 1% ao ano sobre o montante devido, devendo ser os juros remuneratórios de 9,5% ao ano, mais os encargos contratados. Declarou nula a cláusula 6ª e item 17, onde está prevista a garantia pessoal com obrigação solidária em relação à autora Gerusa Galvão Nogueira. Julgou improcedente o pedido de declaração da nulidade de capitalização diária de juros remuneratórios, visto que não restou comprovada a sua prática.

Em razão da sucumbência recíproca verificada, condenou as autoras ao pagamento de 20% das custas e despesas processuais, cabendo ao réu o restante do pagamento desta verba. Condenou as autoras ao pagamento de honorários advocatícios de R$1.000,00 ao patrono do réu e o réu ao pagamento de R$5.000,00 ao patrono da autora. Permitiu a compensação dos honorários, na forma da Súmula nº 306 do STJ.

Em suas razões recursais, o apelante alega que deve ser reformada a r. sentença, pugnando pela declaração da legalidade dos juros remuneratórios contratados e sua manutenção. Argumenta que as autoras não comprovaram que fazem jus ao reescalonamento da dívida, pois os requisitos legais não teriam sido configurados no caso em tela. Entende, ainda, que não há qualquer nulidade no aval prestado por Gerusa Galvão Nogueira. Finalmente, volta-se contra os honorários advocatícios fixados ao patrono das apeladas, requerendo a sua diminuição.

Contrarrazões às f. 301/312.

Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Primeiramente, antes de adentrar ao mérito propriamente dito da presente apelação, imperioso trazer a lume a aplicabilidade das regras constantes no Código de Defesa do Consumidor no presente caso.

O art. 1º do Código de Defesa do Consumidor prevê que aquele sistema normativo tem caráter cogente e de ordem pública, razão pela qual é possível ao Magistrado a sua aplicação *ex officio*.

Os serviços prestados pelos bancos aos clientes estão regidos pela lei que rege as relações de consumo. Todos os contratos celebrados posteriormente à sua vigência, em especial as cadernetas de poupança e os contratos tipicamente bancários de concessão de crédito, em suas diversas formas: mútuos em geral, financiamentos rural, comercial, industrial ou para exportação, contratos de câmbio, empréstimos para capital de giro, abertura de crédito em conta-corrente e abertura de crédito fixo, ou quaisquer outras modalidades do gênero, também são regidos pela Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Saliento que entendo que o reescalonamento da dívida é direito do devedor, desde que atendidos os requisitos legais e também o comando das resoluções do Banco Central sobre o tema.

Pretendem as autoras, em sua inicial, o reescalonamento da sua dívida com a ré, com base no disposto na Resolução nº 3.785 do Bacen, que assim dispõe, em seu art. 1º:

> Art. 1º As instituições financeiras poderão efetuar o reescalonamento do reembolso das operações de custeio e de colheita de café, contratadas com recursos do Funcafé, vincendas entre a data de publicação desta Resolução e 31 de março de 2010, comprovada a incapacidade de pagamento do mutuário com base no item 9 da seção 6 do capítulo 2 do Manual de Crédito Rural, observadas as seguintes condições:
> I - manifestação do mutuário, até a data de vencimento da operação, de que tem interesse em efetuar o reescalonamento;
> II - amortização de, no mínimo, vinte por cento do montante da operação até a data de vencimento originalmente pactuada;
> III - reembolso do saldo devedor remanescente em até quatro parcelas anuais, iguais e sucessivas, com vencimento da primeira parcela em até doze meses, a partir da data de pagamento da amortização mínima prevista no inciso anterior.

No presente caso, conforme bem decidiu a r. sentença, os documentos de f. 71/90 e 103/169 e a prova testemunhal comprovaram a quebra da safra alegada na inicial.

Lado outro, o título objeto de discussão na presente tinha como vencimento o dia 20.02.2008, o que o enquadra no *caput* da norma acima citada.

Por sua vez, as autoras realizaram o pagamento de 20% da parcela referente ao ano de 2009, conforme comprova o documento de f. 62, tendo sido tal quantia imediatamente apropriada pelo banco para o pagamento do financiamento.

Portanto, verifica-se que atenderam aos comandos da citada resolução do Banco Central, fazendo jus ao reescalonamento da sua dívida.

Quanto aos juros cobrados na hipótese, vê-se que a cláusula que prevê os encargos de inadimplência foi corretamente tida como nula pelo Julgador primevo, uma vez que a taxa de juros ali prevista (que, na realidade, é uma comissão de permanência) discrepa da taxa de juros do contrato.

Assim, sendo os juros do contrato de 9,5% ao ano, esta deve ser a taxa de juros também do período de inadimplência, e não os 4,10% ao mês previstos na cláusula 15.1 do contrato.

Finalmente, quanto à garantia pessoal prestada pela apelada Gerusa Galvão Nogueira, vê-se que esta, de fato, vai de encontro ao que dispõe o art. 60, §§ 2º e 3º, do Decreto-lei nº 167/67, cuja redação é a seguinte:

> § 2º É nulo o aval dado em Nota Promissória Rural ou Duplicata Rural, salvo quando dado pelas pessoas físicas participantes da empresa emitente ou por outras pessoas jurídicas.
> § 3º Também são nulas quaisquer outras garantias, reais ou pessoais, salvo quando prestadas pelas pessoas físicas participantes da empresa emitente, por esta ou por outras pessoas jurídicas.

Assim, não sendo a avalista enquadrada em qualquer das previsões acima, deve ser tida por nula a garantia por ela prestada, na forma do comando legal.

Por fim, entendo que os honorários advocatícios foram corretamente fixados, na esteira do que dispõe o art. 20, § 4º, do CPC, não havendo que se falar em redução do valor arbitrado em primeiro grau.

Ante o exposto, nego provimento à apelação cível, 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

...

Servidor público estadual - Ocupação de dois cargos efetivos - Contribuição para custeio de assistência à saúde - Incidência nos dois cargos - *Bis in idem* - Impossibilidade - Descontos - Suspensão em relação a um dos cargos - Restituição dos valores - Serviços médico-hospitalares - Manutenção

Ementa: Servidor público estadual. Servidor ocupante de dois cargos efetivos. Descontos de contribuição para a assistência à saúde incidentes nos dois cargos. Duplicidade. Impossibilidade. Suspensão dos descontos em relação a um dos cargos. Restituição dos descontos. Manutenção dos serviços de assistência médico-hospitalar.

- Nos termos da orientação jurisprudencial pacificada neste egrégio Tribunal de Justiça, e consubstanciada na Súmula 21 da douta Corte Superior, "é inconstitucional a cobrança compulsória de contribuição para o custeio dos serviços de saúde instituída pelo art. 85, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 64, de 25 de março de 2002", cabendo ao servidor optar por contribuir e, assim, usufruir os serviços prestados. Se o servidor ocupa dois cargos efetivos na rede estadual, e sofre descontos referentes à contribuição para custeio dos serviços de saúde incidentes sobre os vencimentos dos dois cargos,

devem ser suspensos os descontos relativos a um dos cargos, sob pena de *bis in idem* da cobrança; ressaltando-se que os serviços de assistência médico-hospitalar prestados ao servidor devem ser mantidos, porque custeados pela contribuição incidente no vencimento do outro cargo.

- Constatada a ilegalidade dos descontos efetuados em duplicidade nos vencimentos do servidor, a restituição dos valores indevidamente descontados é medida que se impõe.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.012971-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Mirteau de Pinho Amaral - Apelados: Estado de Minas Gerais e outro - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2011. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS - Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Mirteau de Pinho Amaral ajuizou ação de repetição de indébito em face do Estado de Minas Gerais e do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais - Ipsemg, alegando, em síntese, que é servidora pública estadual, ocupando dois cargos; que sofre desconto em contribuições para a assistência médica em ambos os cargos; que é inconstitucional o desconto compulsório instituído pela LC 64/2002, que determinou a incidência de 3,2% para o custeio de assistência à saúde. Requereu a antecipação de tutela para que seja suspenso o desconto referente à assistência médica referente aos dois cargos e sua confirmação em definitivo, bem como a condenação dos réus a restituírem todos os valores descontados indevidamente a título de assistência médica.

O Ipsemg e o Estado de Minas Gerais apresentaram contestação, alegando que é constitucional a contribuição em tela, sendo lícito aos Estados manter sistema de saúde próprio, e que não é cabível a restituição dos valores pagos, uma vez que os segurados tiveram à disposição os serviços médico-hospitalares oferecidos pelo Ipsemg. Requereram que os pedidos sejam julgados improcedentes.

O MM. Juiz de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos e condenou a autora ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, arbitrando-os em R$ 800,00 (oitocentos reais), suspendendo a cobrança em razão da assistência judiciária concedida.

Foi aviada apelação pela autora, f. 82/94, requerendo a reforma da sentença, para determinar o cancelamento dos descontos referentes à assistência médica incidentes sobre apenas 1 (um) dos cargos da autora, bem como condenar o Estado de Minas Gerais e o Ipsemg a devolver à autora todos os valores descontados indevidamente a título de assistência médica, devidamente corrigidos e atualizados em valores que deverão ser apurados em liquidação de sentença, respeitada a prescrição decenal. Requereu, ainda, que seja mantido o direito da apelante de usufruir dos serviços de assistência médica prestados pelo Ipsemg, uma vez que continuará contribuindo por meio do outro cargo. Visando ao prequestionamento, requereu que seja apreciada a tese de violação/negativa do art. 150, inciso II, e do art. 154, inciso I, da Constituição Federal (princípio do *non bis in idem*), bem como do art. 165, inciso I, do CTN e do art. 876 do Código Civil (artigos que garantem o direito de restituição).

Contrarrazões, f. 96/100.

Penso que assiste razão à apelante.

Depreende-se dos autos que a autora é servidora pública do Estado de Minas Gerais, ocupante de cargos efetivos de Professor de Educação Básica, sofrendo, em ambos os cargos (PEB2G e PEB4A), o desconto a título de "Ipsemg-Assistência médica", conforme demonstrativo de pagamento de f. 18.

Busca a apelante a reforma da sentença, argumentando, em síntese, que estaria sofrendo duplamente os descontos referentes à assistência médica. Sustenta a impossibilidade de se impor a uma pessoa o pagamento por um serviço em duplicidade. Afirma que a contribuição para assistência médica incidiria nos dois cargos que ocupa em separado, sendo possível a interrupção de um deles. Diz que o fato de contribuir somente em um cargo não retiraria o caráter contraprestacional, devendo o Ipsemg continuar a prestação dos serviços médicos.

De início, saliento que, com relação à contribuição para o custeio do serviço de saúde, antes mesmo da EC nº 41/03, já vinha me posicionando pela inconstitucionalidade de sua cobrança. Agora, com a nova redação do § 1º do art. 149 da CF/88, mais patente ainda está a impossibilidade de instituição da dita contribuição. É que, à exceção da União, os demais entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios) somente têm competência para instituir contribuição para custeio de regime previdenciário, o que não se confunde com serviço de saúde.

Segundo a Corte Superior deste TJMG, é inconstitucional a cobrança compulsória de contribuição para o

custeio dos serviços de saúde instituída pelo art. 85, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 64, de 25 de março de 2002 (Corte Superior do TJMG - Súmula 21, publicada no *Diário do Judiciário* de 12.12.2006).

Pois bem. A meu sentir, ao contrário do posicionamento adotado em primeiro grau, não vejo óbice ao deferimento do pedido de suspensão dos descontos formulado pela recorrente. É que, diante do pagamento da referida contribuição em relação a um dos cargos, se mostra possível a manutenção dos serviços de assistência médica. A meu ver, o que estaria ocorrendo, no caso, seria o pagamento duplo de uma contribuição em relação a uma prestação única de serviços.

Quanto à pretensão da apelante de que os ora apelados restituam à mesma os valores descontados em duplicidade de seus proventos, é de se esclarecer, primeiramente, que tenho entendimento firmado no sentido de que, não obstante seja inconstitucional a compulsoriedade da exigência da contribuição em discussão, como alhures explicitado, entendo, por outra vertente, não ser possível a restituição dos valores descontados dos servidores públicos em geral, a título de custeio da assistência médica propiciada pelo Ipsemg, tendo em vista que os serviços prestados por aquela instituição sempre estiveram à disposição daqueles servidores contribuintes, que assim deles necessitassem.

Todavia, no caso presente, o que se discute é a ilegalidade da cobrança em duplicidade da contribuição em discussão, concluindo-se que a apelante, de fato, faz jus ao ressarcimento ora postulado, sob pena de enriquecimento ilícito da Fazenda Pública, hipótese vedada em nosso ordenamento pátrio vigente.

A propósito, já decidiu este TJMG que:

> Suspensão da contribuição para o custeio da saúde. Incidência sobre mais de um cargo. Restituição.
> 1 - Incidindo os descontos previdenciários sobre os vencimentos de mais de um cargo da servidora, deve-se suspender a contribuição incidente sobre os cargos nos quais ela é aposentada e manter a contribuição que incide sobre o vencimento do cargo da ativa, bem como a correspondente prestação dos serviços de saúde.
> 2 - Tem a servidora direito à restituição das contribuições para o custeio da saúde incidentes sobre os proventos relativos aos dois cargos nos quais ela é aposentada, durante o período em que a incidência se deu concomitantemente com a contribuição sobre o cargo da ativa (Apelação Cível nº 1.0024.07.788865-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - 1ª apelante: Elza Ambrósio Xavier Horsth - 2os apelantes: Ipsemg e outro - Apelados: Elza Ambrósio Xavier Horsth, Ipsemg e outro - Relator: Des. Maurício Barros).
>
> Tributário. Contribuição previdenciária. Assistência à saúde (LC nº 64/2002). Servidor titular de dois cargos efetivos. Duplicidade de descontos indevida. - A duplicidade de descontos relativos à contribuição previdenciária destinada ao custeio da assistência saúde (LC nº 64/02) caracteriza *bis in idem*, sendo cabível a suspensão do desconto incidente sobre o vencimento de um dos cargos, mantido o benefício previdenciário. Agravo provido (Agravo de Instrumento nº 1.0024.08.280420-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Maria das Graças Marques Abreu - Agravados: Estado Minas Gerais e outro - Relator: Des. Barros Levenhagen).
>
> Agravo de instrumento. Tutela antecipada. Contribuição para o custeio do serviço de saúde. Pagamento em relação a um dos cargos ocupados pelo recorrente. Manutenção dos serviços de assistência médica. Possibilidade. Relevância da fundamentação e perigo na demora presentes. Recurso provido (Agravo de Instrumento nº 1.0024.08.138591-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: Berenício Lucas Alvarenga - Agravados: Estado Minas Gerais e outro, Ipsemg - Relator: Des. Audebert Delage).
>
> Direito constitucional. Direito previdenciário. Apelação. Servidor público estadual. Compulsoriedade da contribuição destinada aos serviços de saúde. Inconstitucionalidade. Servidora ocupante de dois cargos efetivos na rede estadual. Descontos de contribuição para a assistência à saúde incidentes nos dois cargos. Duplicidade. Impossibilidade. Suspensão dos descontos em relação a um dos cargos. Restituição dos descontos. Correção monetária. Juros de mora. Verba de natureza alimentar. 1% ao mês. Manutenção dos serviços de assistência médico-hospitalar. Recurso provido. - Nos termos da orientação jurisprudencial pacificada neste egrégio Tribunal de Justiça, e consubstanciada na Súmula 21 da douta Corte Superior, 'é inconstitucional a cobrança compulsória de contribuição para o custeio dos serviços de saúde instituída pelo art. 85, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 64, de 25 de março de 2002', cabendo ao servidor optar por contribuir e, assim, usufruir os serviços prestados. Se a servidora ocupa dois cargos efetivos na rede estadual e sofre descontos referentes à contribuição para custeio dos serviços de saúde incidentes sobre os vencimentos dos dois cargos, devem ser suspensos os descontos relativos a um dos cargos, sob pena de *bis in idem* da cobrança; ressaltando-se que os serviços de assistência médico-hospitalar prestados à servidora devem ser mantidos, porque custeados pela contribuição incidente no vencimento do outro cargo. Constatada a ilegalidade dos descontos efetuados em duplicidade nos vencimentos da servidora, a restituição dos valores indevidamente descontados é medida que se impõe, observada a prescrição quinquenal. Os juros de mora, nas ações relativas a benefícios previdenciários, devem ser de 1% ao mês, contados a partir da citação, em decorrência da natureza alimentar da obrigação (Apelação Cível nº 1.0024.08.096156-8/002 - Relator: Des. Moreira Diniz).

Pelo exposto, dou provimento ao recurso e reformo a sentença, para julgar o pedido procedente e condenar os réus a cancelarem os descontos de custeio para a assistência médica no cargo 2 (PEB4A), com a manutenção da prestação dos serviços médicos e hospitalares pelo Ipsemg, bem como devolverem à autora todos os valores descontados indevidamente a título de assistência médica neste cargo, devidamente corrigidos pelos índices da CJMG, acrescidos de juros de mora de 1% a partir do trânsito em julgado da decisão, respeitada a prescrição quinquenal. Condeno os réus ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em

R$ 500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, levando em consideração o que tem decidido este egrégio Tribunal em hipóteses similares a esta.

Sem custas, em razão da isenção de que goza a Fazenda Pública.

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

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Alimentos provisórios - Avós paternos - Obrigação complementar - Impossibilidade do genitor - Ausência de prova - Fixação - Descabimento

Ementa: Agravo de instrumento. Direito de família. Alimentos provisórios fixados em desfavor dos avós paternos. Obrigação complementar. Impossibilidade do genitor não demonstrada.

- A obrigação dos avós de prestar alimentos tem caráter complementar, nas situações em que verificada a insuficiência da pensão alimentícia prestada pelo alimentante obrigado. Não havendo prova cabal da inviabilidade de o genitor arcar com a subsistência do alimentando, descabe a fixação de alimentos provisórios a serem pagos pelos avós paternos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.10.034029-8/002 - Comarca de Belo Horizonte - Agravantes: A.S.S. e sua mulher M.S.T.S. - Agravados: B.N.S.S. e outro, representados pela mãe M.I.N.S. - 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 fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de fevereiro de 2011. - *Armando Freire* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravante, a Dr.ª Laís Cristina Cota Dias.

Proferiu sustentação oral, pelo agravado, o Dr. Jacob Lopes de Castro Máximo.

DES. ARMANDO FREIRE - Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por A.S.S. e M.S.T.S., qualificados nos autos, contra decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da 9ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte, em autos de ação de alimentos, que fixou a pensão alimentícia no importe de 2 (dois) salários mínimos mensais, em face dos avós paternos (f. 221/222-TJ).

Em suas razões, os agravantes, em síntese, alegam que foi ajuizada ação de alimentos pelos agravados, objetivando a fixação da verba alimentar, a título complementar, em valor correspondente a 25 (vinte e cinco) salários mínimos mensais. Aduzem que inexiste a necessidade de complementação dos alimentos. Asseguram que a pensão alimentícia deve ser concedida, analisando-se o binômio necessidade/possibilidade, e, segundo a argumentação desenvolvida, é indubitável a desnecessidade dos alimentos em debate. Asseveram que são pessoas idosas e inaptas ao trabalho e não suportam pagar pensão aos netos sem que prejudique a sua subsistência. Salientam que a obrigação de manter a prole é de ambos os cônjuges; inaceitável, pois, que somente os ascendentes do pai o façam.

Requerem, portanto, a antecipação dos efeitos da tutela recursal e, ao final, o provimento do recurso.

Em decisão de f. 240/241, recebi o presente recurso, ocasião em que indeferi a almejada antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Em contraminuta de f. 245/250, a parte agravada pugna pelo desprovimento do recurso.

Informações prestadas à f. 252.

Em parecer de f. 256/260, a douta Procuradoria de Justiça opina pelo não provimento do agravo.

É o breve relatório.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Analisando cuidadosamente os dados informativos do processo, tenho que a pretensão dos agravantes merece prosperar.

De início, cumpre ressaltar que os alimentos provisórios têm por finalidade atender às necessidades básicas do alimentando até o final do feito. Na sua fixação, deve-se agir com cautela, pois a observação do binômio possibilidade/necessidade se dá, nesse primeiro momento, com base nos elementos superficiais e iniciais que instruem os autos.

Pois bem, não se pode descuidar que a obrigação dos avós de prestar alimentos tem caráter complementar, nas situações em que verificada a insuficiência da pensão alimentícia prestada pelos alimentantes obrigados.

Dispõem os arts. 1.696 e 1.698 do Código Civil:

> Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros.
> [...]
> Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

De fato, a discussão dos autos limita-se, portanto, não acerca da possibilidade de os avós arcarem com a verba alimentar fixada, mas sim à caracterização, ou não, da insuficiência da pensão prestada pelos obrigados mais próximos, que por óbvio deve ser comprovada.

No caso em análise, os agravados descrevem na inicial que o pai alimentante vem arcando com o valor de R$ 3.000,00, o que, segundo a argumentação desenvolvida, revela-se insuficiente para manter o padrão de vida sustentado por estes. Nessa linha de raciocínio, asseveram que os depósitos efetuados mensalmente pelo pai estão em discordância com o acordo homologado nos autos da separação dos pais, no qual o casal pactuou a pensão em valor correspondente a 14 salários mínimos mais o cumprimento de obrigações *in natura*. Motivo pelo qual o padrão de vida levado pelos alimentados foi drasticamente reduzido. Assim concluem que, havendo prova robusta quanto ao padrão de vida elevado vivido pelos avós, a estes se deve incumbir responsabilidade pela mantença dos alimentados.

Em que pesem os motivos dos agravados, reputo que não estão presentes os requisitos para a caracterização da obrigação complementar dos avós paternos, ora agravantes. Com efeito, pelo menos nesta fase processual, ainda não há prova da incapacidade de o pai do agravado lhes prestar alimentos. Pelo contrário, depreende-se da petição inicial da ação de alimentos que o genitor das crianças possui condições de arcar com pagamento da verba alimentícia.

Ao tratar da obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes, leciona Yussef Said Cahali:

> A má vontade do pai dos menores em assisti-los convenientemente não pode ser equiparada à sua falta, em termos de devolver a obrigação ao avô; se o pai não está impossibilitado de prestar alimentos, porque é homem válido para o trabalho, nem está desaparecido, a sua relutância não poderá ser facilmente tomada como escusa, sob pena de estimular-se um egoísmo anti-social. No caso, os meios de coerção de que pode valer-se o credor da prestação alimentícia devem ser utilizados antes, [...] Não se nega que o avô está na linha legal da obrigação alimentar - obrigado *in abstracto*, portanto -, tornando-se devedor na medida em que é chamado pela ordem. Nem se está afirmando que o parente de grau mais próximo exclui o de grau mais remoto. Mas, enquanto o obrigado mais próximo tiver condições de prestar os alimentos, ele é o devedor e não se convoca o mais afastado. E isto vale especialmente para os pais, cuja qualidade de devedores de alimentos é singular, e que não podem ser dispensados do dever paterno fundamental como se está pretendendo fazer (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2006, p. 471).

Ante o exposto, o prudente é aguardar até que a ação de alimentos seja totalmente instruída para verificar as reais possibilidades do genitor obrigado e as necessidades dos agravados.

Nesse sentido, julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> Civil. Ação de alimentos. Avós. Responsabilidade. I - A responsabilidade de os avós pagarem pensão alimentícia aos netos decorre da incapacidade de o pai cumprir com sua obrigação. Assim, é inviável a ação de alimentos ajuizada diretamente contra os avós paternos, sem comprovação de que o devedor originário esteja impossibilitado de cumprir com o seu dever. Por isso, a constrição imposta aos pacientes, no caso, se mostra ilegal. II - Ordem de *habeas corpus* concedida. (*HC* 38.314/MS, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, j. em 22.02.2005, *DJ* de 04.04.2005, p. 297.)

> Recurso especial. Direito civil. Família. Alimentos. Responsabilidade dos avós. Complementar. Reexame de provas. - A responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos do genitor. - Tendo o Tribunal de origem reconhecido a possibilidade econômica do avô e a insuficiência de recursos do genitor, inviável a modificação da conclusão do acórdão recorrido, pois implicaria revolvimento do conjunto fático-probatório. Recurso especial não conhecido (REsp 579.385/SP, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 26.08.2004, *DJ* de 04.10.2004, p. 291).

Nessa mesma linha, destaco as seguintes decisões deste eg. TJMG:

> Agravo de instrumento. Direito civil. Alimentos. Prestação provisória. Avós paternos. - É indevida a prestação alimentícia provisória arbitrada contra os avós, em favor dos netos, quando não demonstradas, de plano, a falta do pai e a sua incapacidade contributiva. Dá-se provimento ao recurso. Agravo nº 1.0024.06.282194-7/001, Comarca de Belo Horizonte, Relator: Des. Almeida Melo, j. em 14.02.2008.

> Agravo de instrumento. Alimentos. Responsabilidade dos avós. Impossibilidade do genitor. Ausência de provas. Decisão reformada. - Os avós só respondem por alimentos perante o neto mediante prova robusta de que o responsável direto (genitor do alimentando) - titular do dever de sustento - está impossibilitado de suportar totalmente o encargo, uma vez que os avós, quanto ao pensionamento, detêm a responsabilidade subsidiária e hierarquizada (CC/02, art. 1698). Agravo nº 1.0183.05.097802-6/001, Comarca de Conselheiro Lafaiete, Relator Des. Nepomuceno Silva, j. em 12.04.2007.

Por fim, atento ao mencionado imediatismo da pensão provisória, e inexistindo prova nos autos com relação à imprescindibilidade da prestação fixada pelo juízo *a quo* em valor correspondente a dois salários mínimos, reputo que a mesma deve ser interrompida.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso para cassar a r. decisão agravada.

Custas, *ex lege*.

É o meu voto.

DES. EDUARDO ANDRADE - Peço vista dos autos.

Súmula - PEDIU VISTA PRIMEIRO VOGAL, APÓS VOTAR O RELATOR DANDO PROVIMENTO AO RECURSO.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravado, o Dr. Jacob Lopes de Castro Máximo e, pelo Agravante, a Dr.ª Marina Martins Jordão.

O SR. PRESIDENTE (DES. EDUARDO ANDRADE) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 25.01.2011, a meu pedido, após votar o Relator dando provimento ao recurso.

O meu voto é o seguinte.

Voto.

Primeiramente, acuso recebimento de memorial pela parte agravada.

Permissa maxima venia da tese esposada pela parte agravada, adiro ao entendimento do eminente Relator Des. Armando Freire, que já encontra respaldo nos seguintes julgados desta 1ª Câmara Cível:

> Alimentos provisionais. Ação contra avós. Fixação. Ausência de prova da impossibilidade do pai. Deferimento da tutela antecipada. Recurso dos avós. Modificação da decisão primeva. - O pedido de tutela antecipada de alimentos provisionais solicitados aos avós em razão do descumprimento pelo pai do pagamento dos alimentos devidos deve vir acompanhada da comprovação da impossibilidade do pai em arcar com a sua obrigação, devendo a alimentada primeiramente executar os alimentos devidos. Agravo de Instrumento nº 1.0554.09.016188-2/001. Relatora Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Data da publicação: 25.09.2009.
>
> Ação de alimentos. Cumprimento insuficiente da obrigação pelo pai. Ausência de comprovação. Pedido dirigido contra os avós. Inviabilidade. Obrigação sucessiva e complementar. - Deixando o autor de comprovar o cumprimento insuficiente da obrigação alimentar pelo pai, não subsiste a obrigação dos avós paternos de fazê-lo, pois existe uma ordem sucessiva do chamamento à responsabilidade de prestar alimentos, obrigando-se primeiramente os parentes mais próximos em grau e, na falta ou na impossibilidade destes de prestá-los, a obrigação recai sobre os parentes mais remotos, obedecendo-se à ordem legal. Apelação Cível nº 1.0637.09.067642-9/001. Relator Des. Eduardo Andrade. Data da publicação: 20.08.2010.
>
> Alimentos. Pedido interposto contra os avós paternos. Interposição anterior contra o pai. Não demonstração de sua incapacidade. Não cabimento. - Conforme a melhor doutrina e jurisprudência atual, para que os netos possam reclamar alimentos dos avós, necessário é que faltem os pais; ou pela falta absoluta, que resulta da morte ou da ausência; ou pela impossibilidade de cumprir a obrigação, que se equipara à falta. Apelação Cível nº 1.0479.05.103649-5/001. Relator Des. Geraldo Augusto. Data da publicação: 03.11.2009.

No caso específico dos autos, que se encontra em fase de cognição sumária, não há como imputar aos avós a obrigação alimentícia, já que não há prova inconteste da incapacidade do pai/alimentante.

Consigno que nem sequer a ação revisional de alimentos (nº 0024.09.641.875-1) interposta pelo pai/alimentante em desfavor dos agravados/alimentados foi julgada pela i. Magistrada *a quo*, sendo evidente que o presente feito demanda maior dilação probatória.

Cumpre salientar que este vogal não está a negar que os avós estejam na linha da obrigação alimentar, nem está afirmando que o parente de grau mais próximo desobriga o de grau mais remoto, porém, enquanto o obrigado mais próximo tiver condições de atender o encargo, ele é o devedor. E, no caso em tela, repita-se, não há provas inequívocas de eventual incapacidade do pai.

Desse modo, colocando-me de pleno acordo com o Relator, também dou provimento ao recurso.

DES. GERALDO AUGUSTO - A obrigação alimentar dos avós é sempre tida como subsidiária/complementar. Só se dá na ausência dos pais ou na comprovada impossibilidade destes em cumprir a obrigação.

Assim, quanto à segunda hipótese, em sede de despacho de alimentos provisórios, que se equipara à tutela antecipada, há a necessidade desta comprovação, a convencer, de plano (verossimilhança e prova inequívoca).

Não havendo tal comprovação, a convencer de plano, a questão deve ser remetida à instrução probatória na ação principal para, só depois, poder ser analisada e decidida.

Com tais razões, neste momento inicial da ação, acompanhando-se o entendimento contido no voto do eminente Desembargador Relator e, também, dá-se provimento ao agravo, para reformar a decisão e suspender, por ora, a fixação/obrigação da prestação de alimentos pelos agravantes aos agravados.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Ação ordinária - Veículo - Aquisição em leilão - Restrição financeira - Detran/MG - Ilegitimidade passiva - Ente público - Ausência de culpa - Conduta omissiva - Responsabilidade civil do Estado - Requisitos - Ato ilícito - Dano e nexo causal - Inexistência - Dano moral - Indenização - Descabimento

Ementa: Apelação cível. Dano moral. Veículo. Leilão extrajudicial. Restrição financeira. Culpa do Estado. Ausência.

- Ausente a prova de que o leiloeiro omitiu informações acerca das condições do veículo, levando a erro o adquirente, não há como imputar a culpa do suposto dano ao Estado de Minas Gerais.

- A responsabilidade do Estado, nos casos de conduta omissiva, depende da presença de três fatores: ato ilícito, dano e nexo causal. Ausentes tais requisitos, não pode ser acolhido o pleito indenizatório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0607.07.036557-4/001 - Comarca de Santos Dumont - Apelante: Antônio Caetano Grossi - Apelados: Estado de Minas Gerais, Detran/MG - Departamento de Trânsito de Minas Gerais - 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 Edilson Fernandes, 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, 1º de março de 2011. - *Antônio Sérvulo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Trata-se de ação ordinária movida por Antônio Caetano Grossi em face do Estado de Minas Gerais e do Detran/MG, pretendendo a condenação dos réus em indenizá-lo por danos morais, no valor de 100 salários-mínimos.

Em juízo de admissibilidade, conheço do recurso, visto que próprio e tempestivo.

Analiso a preliminar de legitimidade passiva do Detran/MG.

A Lei nº 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro -, estabelece que o órgão executivo de trânsito possui competência para executar as formalidades administrativas necessárias ao licenciamento dos veículos automotores, a fim de viabilizar a circulação.

Dispõe o art. 22:

> Art. 22. Compete aos órgãos ou entidades executivas de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, no âmbito de sua circunscrição:
> [...]
> III - vistoriar, inspecionar quanto às condições de segurança veicular, registrar, emplacar, selar a placa e licenciar veículos, expedindo o Certificado de Registro e o Licenciamento Anual, mediante delegação do órgão federal competente; [...].

Dessa forma, ao órgão executivo de trânsito do Estado cabe a emissão do certificado de registro do veículo cuja finalidade é tão somente viabilizar a circulação de veículos automotores, inexistindo responsabilidade quanto à existência de restrição de veículo adquirido em leilão.

Assim, deve ser mantida a ilegitimidade do Detran/MG, com a extinção do feito sem resolução de mérito.

No mérito, cabe apreciar a presença dos requisitos necessários à responsabilização do Estado de Minas Gerais pelo alegado dano moral sofrido pelo apelante.

Nesse aspecto, necessária a presença de três requisitos, quais sejam ilicitude da conduta, existência de dano moral e nexo de causalidade.

Isso porque se trata aqui de conduta omissiva do Estado, consistente na demora em regularizar o veículo do autor ou prestar informações corretas sobre o veículo leiloado, hipótese que afasta a responsabilidade objetiva do ente público.

Sobre o tema, confira-se o escólio de José dos Santos Carvalho Filho, para quem:

> O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos - o fato administrativo, o dano e o nexo causal. Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos. A conseqüência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas (*Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 461-462).

Trago à colação, ainda, lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual:

> A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade subjetiva, porque supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou *faute de service* dos franceses, por nós traduzida por 'falta de serviço'. É dispensável localizar-se, no Estado, quem especificamente descumpriu o dever de agir, omitindo-se propositadamente ou apenas por incúria, por imprudência, ao negligenciar a obrigação de atuar e atuar tempestivamente. Cumpre tão-só que o Estado estivesse obrigado a certa prestação e faltasse a ela, por descaso, por imperícia ou por desatenção no cumprir seus deveres, para que desponte a responsabilidade pública em caso de omissão (*RT* 552/14).

Nosso colendo Supremo Tribunal Federal sufraga, majoritariamente, o entendimento esposado pelos mencionados doutrinadores; se não, veja-se:

> Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade de tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa das três vertentes: negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute du service dos franceses* (STF - RE nº 179.147/SP - Rel. Ministro Carlos Velloso - 2ª Turma - *DJU* de 27.02.1998).

Compulsando os elementos probatórios que compõem o presente feito, verifico que o autor não logrou êxito em comprovar os fatos constitutivos de seu direito, notadamente a existência de culpa do Estado de Minas Gerais.

Conforme consignou o MM. Juiz monocrático na sentença, cabia ao autor demonstrar que o leiloeiro, no início do pregão, deixou de prestar as informações corretas sobre o veículo arrematado, nos termos do Decreto nº 21.981/32, art. 23:

> Art. 23. Antes de começarem o ato do leilão, os leiloeiros farão conhecidas as condições da venda, a forma do pagamento e da entrega dos objetos que vão ser apregoados, o estado e a qualidade desses objetos, principalmente quando, pela simples intuição, não puderem ser conhecidos facilmente, e bem assim o seu peso, medida ou quantidade, quando o respectivo valor estiver adstrito a essas indicações, sob pena de incorrerem na responsabilidade que no caso couber por fraude, dolo, simulação ou omissão culposa.

Tratando-se de restrição preexistente, caberia ao leiloeiro informar as condições do veículo, assim como ao autor buscar as informações necessárias, e ao adquirente, a responsabilidade pela sua transferência, com a sujeição aos prazos necessários para a regularização.

Não há como atribuir ao Estado de Minas Gerais, portanto, a responsabilidade pela indenização ao autor dos danos morais que alega ter suportado.

Nesse sentido, confira-se coadunável aresto deste Tribunal de Justiça:

> Ação de indenização. Veículo sinistrado adquirido em leilão. Veículo vistoriado pela compradora. Acesso às informações sobre o veículo. Legalidade. Ausência de ilicitude. Aborrecimentos que não causam dano moral. Para que seja cabível indenização, mister se faz estejam presentes os três requisitos: ato ilícito, dano e nexo causal entre ambos. Ausentes tais requisitos, não pode ser acolhido o pleito indenizatório. Se a autora adquire veículo em leilão, podendo vistoriar o bem e conhecer seus defeitos mecânicos, deve se informar sobre as características do sinistro e sobre a situação atual do veículo, não podendo, posteriormente, pleitear indenização, pois se beneficiou do preço abaixo do de mercado. Não é todo e qualquer aborrecimento que enseja dano moral. Somente deve ser deferida indenização nas hipóteses em que realmente se verificar abalo à honra e à imagem da pessoa, dor, sofrimento, tristeza, humilhação, prejuízo à saúde e à integridade psicológica de alguém, cabendo ao magistrado, com prudência e ponderação, verificar se, na espécie, efetivamente ocorreu dano moral, para, somente nesses casos, deferir indenização a esse título. Simples aborrecimentos e chateações do dia-a-dia não podem ensejar indenização por danos morais (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.03.181757-0/001 - Rel. Des. Pedro Bernardes - *DJ* de 06.03.2007).

Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Sem custas recursais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SANDRA FONSECA e EDILSON FERNANDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Pensão por morte - Filho maior - Invalidez - Processo de interdição em trâmite - Ipsemg - Inclusão de dependente - Antecipação de tutela - Requisitos - Verossimilhança das alegações - Receio de dano irreparável ou de difícil reparação - Ausência de prova - Indeferimento

Ementa: Previdenciário. IPSM. Pensão por morte. Filha maior e economicamente dependente do segurado. Requisitos para a concessão da tutela antecipada inexistentes. Decisão mantida.

- Para a concessão da tutela antecipada, deverão estar presentes os requisitos da verossimilhança das alegações e do receio de dano irreparável.

- Não existindo prova da verossimilhança das alegações, não há como se deferir a antecipação da tutela para conceder-se pensão por morte à filha maior que alega ser incapaz, mormente quando o processo de interdição ainda se encontra em trâmite.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0145.10.053815-9/001 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: MARLENE RIBEIRO - Agravado: IPSM - Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de março de 2011. - *André Leite Praça* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANDRÉ LEITE PRAÇA - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Marlene Ribeiro em face de decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela pleiteado para recebimento de pensão por morte de seu pai.

Alega a agravante, em apertada síntese, que, em virtude de ser portadora de retardo mental, sempre foi economicamente dependente de seu pai, hoje falecido e ex-segurado do IPSM. Aduz que propôs a presente ação ordinária com o intuito de alcançar benefício de pensão por morte e uso de plano de assistência à saúde, porquanto necessita, com urgência, de tratamento da patologia sofrida. Sustenta, ainda, que sua enfermidade é congênita e irreversível e que nunca desempenhou qualquer atividade laboral. Requer o provimento do recurso e a reforma da decisão vergastada para conceder a antecipação da tutela jurisdicional pleiteada.

Sem pedido expresso de antecipação dos efeitos da tutela recursal, o agravo foi recebido às f. 54/55.

Informações prestadas pelo d. Juiz singular às f. 60/61.

Contraminuta apresentada às f. 63/72.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça às f. 88/92, pelo desprovimento do recurso.

É o relato.

Cinge-se a controvérsia recursal à presença ou não dos requisitos para a concessão da antecipação de tutela, para a inclusão da agravante como dependente de seu falecido pai para fins de recebimento de pensão por morte. Afirma a recorrente que existe, nos autos, prova de sua dependência econômica e invalidez, pois que portadora de doença mental que lhe acomete desde a infância. Juntou aos autos atestados médicos, declarações e cópia da perícia realizada nos autos da Interdição (Processo nº 0145.10.006038-6) às f. 45/46-TJ.

Pois bem.

A concessão antecipada dos efeitos da tutela tem como pressupostos a verossimilhança do direito invocado pela parte e o perigo de dano irreversível ou de difícil reparação.

Dissertando sobre os requisitos legais para a concessão da antecipação da tutela, ensina Paulo Afonso Brum Vaz:

> À análise da verossimilhança, que corresponde a um juízo de probabilidade, calcado em cognição sumária, importam duas operações. Num primeiro momento, faz-se um juízo de probabilidade quanto à situação fática refletida na inicial. Positivo este juízo, porque os fatos aparentemente são verossímeis, impõe-se verificar se as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor são também plausíveis, vale dizer, se a tese jurídica contida na inicial é provida de relevância, tem respaldo na ordem jurídica (*Manual da tutela antecipada*: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 136-137).

E, completando, assevera:

> A prova inequívoca é, no mínimo, a prova convincente, a que não admite erro na apreciação judicial, contrapondo-se à prova ambígua e rarefeita, insuscetível de transmitir segurança e razoável convencimento ao julgador (*Manual da tutela antecipada*: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 138).

E outra não é a orientação do nosso mestre Humberto Theodoro Júnior:

> Para não transformar a liminar satisfativa em regra geral, o que afetaria, de alguma forma, a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito ao contraditório e à ampla defesa, antes de ser o litigante privado de qualquer bem jurídico (CF/88, art. 5º, incisos LIV e LV), a tutela antecipada submete a parte interessada às exigências da prova inequívoca do alegado na inicial (*As inovações do Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 13).

Quanto a isso, aliás, bem mais rigorosa é a posição do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> A tutela antecipada visa a realizar a justiça material, sem abandonar, é certo, a garantia do devido processo legal. O fato deve ser incontroverso (Recurso Especial nº 172405/RS - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Dessa forma, para que a antecipação dos efeitos da tutela seja concedida, é necessário que, nos autos,

restem comprovadas as alegações da parte requerente, não subsistindo margem de dúvidas quanto aos argumentos por ela enunciados.

A entrega antecipada da tutela exige, ainda, a demonstração de que, concretamente, o alargamento do trâmite processual tornará ineficaz a pretensão do autor, de modo a se exigir concessão de medida suficiente para amenizar o aludido prejuízo.

Acerca do tema, extrai-se da doutrina:

> Recomenda o inciso I do art. 273 do CPC que o receio de dano irreparável ou de difícil reparação se apresente fundado. Fundado é o receio devidamente comprovado com base em dados ou elementos objetivos e concretos, não apenas o temor subjetivo do autor, sem se fazer acompanhar de supedâneos que caracterizem a real possibilidade ou probabilidade de sofrer o prejuízo certo e sério, caso não obtenha a tutela antecipada. Diz-se, então, que a tutela antecipada deve vir como imperiosa necessidade, a fim de coarctar ou fazer cessar o prejuízo, atual ou iminente. Cobra-se obediência, destarte, ao princípio da necessidade, autorizador de limitação imposta ao direito fundamental da segurança jurídica (contraditório), quando se apresenta como real e inequívoco o conflito deste com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (VAZ, Paulo Afonso Brum, *op. cit.*, p. 150).

No caso sob análise, não há como sustentar a plausibilidade do direito invocado pela agravante, pois, não obstante ter alegado sua dependência econômica e ter trazido diversos atestados médicos, a fim de comprovar a incapacidade para gerir sua própria vida, verifica-se que o processo de interdição ainda se encontra em curso (andamento processual de f. 75/77), não tendo sido ainda prolatada a sentença.

Assim, diante da incerteza das alegações, embora haja, nos autos do presente agravo, cópia da perícia realizada na interdição, entendo que o indeferimento da tutela antecipada não merece reparos, pois tal decisão foi proferida analisando-se apenas os documentos juntados e produzidos unilateralmente pela agravante, sendo mais prudente aguardar-se a dilação probatória.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados deste egrégio Tribunal de Justiça:

> Agravo de instrumento. Benefício previdenciário. Pensão. Filha maior inválida. Antecipação da tutela jurisdicional. Ausência de verossimilhança da alegação. Necessidade de dilação probatória. Manutenção da decisão agravada. Desprovimento do recurso (Processo 0484278-80.2010.8.13.0000, j. em 30.09.2010, Rel. Des. Barros Levenhagen).

> Agravo de instrumento. Previdenciário. Maioridade do beneficiário do IPSM. Proventos de pensão. 21 anos. Suspensão do pagamento. Antecipação de tutela. Ausência dos requisitos. Dar provimento ao recurso. O art. 273 do Código de Processo Civil trata da possibilidade do instituto jurídico da tutela antecipada. Exige, para tanto, a presença de certos requisitos, a saber, a existência de prova inequívoca, capaz de convencimento acerca da verossimilhança da alegação da parte, aliada ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Ausente um dos requisitos necessários para a sua concessão, deve, por conseguinte, ser negada a tutela antecipada (Processo 1.0145.09.548076-3/001, j. em 29.04.2010, Rel. Des. Maria Elza).

Feitas tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo-se integralmente a decisão recorrida.

Custas recursais, pela agravante, suspensa sua exigibilidade em virtude da justiça gratuita.

É o meu voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEIXOTO HENRIQUES e WANDER MAROTTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Concurso público - Médico legista - Candidato portador de necessidades especiais - Vaga destinada a deficiente físico - Exame de capacidade física em igualdade de condições com os demais candidatos - Exigência descabida - Princípios constitucionais da igualdade e da razoabilidade

Ementa: Administrativo. Concurso público. Candidato portador de necessidades especiais. Prova de esforço físico em igualdade de condições com os demais candidatos. Exigência descabida. Inadmissibilidade.

- É incabível a convocação, para exame de capacidade física, de candidato portador de necessidades especiais, em igualdade de condições com os demais candidatos, sem lhe dispensar tratamento diferenciado, sob pena de afronta aos princípios constitucionais da igualdade e da razoabilidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.217741-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Luís Cláudio Penna Orsini - 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, 15 de fevereiro de 2011. - *Maurício Barros* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiram sustentações orais, pelo apelante e pelo apelado, respectivamente, a Dra. Cornélia Tavares de Lana e o Dr. Filipe de Felippo.

DES. MAURÍCIO BARROS - Ouvi, com a costumeira atenção, as sustentações orais produzidas da tribuna. Trago voto escrito, no qual abordo todas as questões postas pelas partes.

Inicialmente, esclareço que, embora a sentença não tenha sido submetida ao Tribunal para o reexame obrigatório pelo MM. Juiz sentenciante, por se tratar de sentença em que não se discute valor econômico, ela está sujeita ao reexame e, por isso, o farei, de ofício.

Luís Cláudio Penna Orsini ajuizou a presente ação ordinária contra o Estado de Minas Gerais, com o objetivo de ver reconhecido o seu direito de não se submeter ao exame biofísico (prova física) exigido pelo Edital nº 01/2006, relativo ao concurso público de provas e títulos para o provimento do cargo de médico legista da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, ao argumento de ser portador de deficiência física.

A MM. Juíza *a quo* proferiu a r. sentença de f. 109/114, julgando parcialmente procedente o pedido, para afastar a exigência de o autor se submeter a exame físico e declarando o seu direito de continuar participando do certame, caso tenha sido aprovado nas demais etapas. Outrossim, S. Ex.ª condenou o réu ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais).

O Estado de Minas Gerais apelou (f. 115/123), alegando que o exame biofísico se encontra previsto no texto constitucional, bem como se coaduna com os princípios do direito administrativo, tais como o da legalidade, razoabilidade e eficiência; que o cargo de médico legista, pretendido pelo autor, é de natureza estritamente policial, sujeitando-se os seus ocupantes ao regime idêntico aos dos demais policiais civis; que a exigência de testes de capacitação física visa à melhoria e à adequação dos recursos humanos; e que o referido teste busca aferir se o candidato apresenta condições de saúde condizentes com o peso, altura e idade, bem como se tem capacidade para suportar os exercícios aos quais será submetido durante o curso de formação e nas tarefas típicas do policial civil, especialmente para o cargo de médico legista, nos termos do item 8.14 do Edital 01/2006.

O apelado apresentou contrarrazões, em óbvia contrariedade (f. 127/143).

Farei, de ofício, o reexame da sentença por se enquadrar a hipótese no disposto no art. 475, I, do CPC.

O reexame necessário.

Verifica-se destes autos que o autor ajuizou uma ação ordinária contra o Estado de Minas Gerais, que tramitou sob o nº 0024.06.992451-2, pretendendo assegurar a sua participação no concurso público para médico legista da Polícia Civil, na condição de portador de deficiência física, não visível, alegando padecer da doença denominada "Charcot-Marie-Tooth", tipo 1, moléstia degenerativa que causa o atrofiamento gradativo dos músculos e do sistema nervoso, dificuldades de locomoção e perda de força dos membros superiores e inferiores.

No aludido processo, foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela, para garantir o direito do autor de continuar a participar do certame na condição de deficiente físico. Posteriormente, tendo sido aprovado no exame psicotécnico, foi convocado a participar dos exames médico e biofísico.

Inconformado com a exigência de se submeter à prova física, o ora apelante ajuizou a presente, visando à declaração de nulidade da exigência de se submeter ao exame físico em igualdade de condições com os demais candidatos. Foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela, consoante decisão de f. 64/67, proferida em 26.10.2006.

Nos autos da anterior ação ordinária (nº 0024.06.992451-2), foi proferida sentença, em 19.09.2008 (cópia às f. 103/107), julgando improcedente o pedido, ao fundamento de que o autor não é deficiente físico. Entretanto, em sede de apelação, essa sentença foi reformada pela egrégia 1ª Câmara Cível deste Tribunal, em 02.06.2009, que julgou procedente o pedido, declarando o direito do autor de participar do concurso para o cargo de médico legista da Polícia Civil de Minas Gerais, na vaga e na qualidade de deficiente físico (acórdão visto por cópia à f. 141/143).

Feitas essas breves considerações, passo a analisar o presente recurso.

Como acentuado no relatório, o autor teve a sua inscrição preliminar deferida, na qualidade de portador de deficiência física, quando da sua inscrição no concurso público para o cargo de médico legista da Polícia Civil de Minas Gerais, nos termos do Edital nº 01/2006.

Todavia, quando da perícia médica, foi impedido de concorrer à vaga de deficiente físico, tendo em vista que não foi constatada deficiência, o que ensejou o ajuizamento da mencionada Ação Ordinária nº 0024.06.992451-2, cujo pedido foi julgado procedente, em sede de apelação.

No presente feito, a pretensão do autor é que lhe seja assegurado o direito de não se submeter ao exame biofísico previsto no edital, em igualdade de condições com os demais candidatos.

Em se tratando de concurso público, existe legislação específica que regulamenta a participação de can-

didatos portadores de necessidades especiais, e que lhes assegura tratamento diferenciado.

O art. 39 do Decreto nº 3.298/1999, que regulamenta a Lei nº 7.853/1989, dispõe que:

> Art. 39. Os editais de concursos públicos deverão conter:
> I - o número de vagas existentes, bem como o total correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência;
> II - as atribuições e tarefas essenciais dos cargos;
> III - previsão de adaptação das provas, do curso de formação e do estágio probatório, conforme a deficiência do candidato; [...].

Nesse contexto, é incabível a convocação, para exame de capacidade física, do candidato portador de deficiência, em igualdade de condições com os demais candidatos, sem lhe dispensar tratamento diferenciado.

O referido decreto, em seu art. 41, estatui que o portador de necessidades especiais participará de concurso em igualdade de condições com os demais candidatos, mas apenas no que concerne ao conteúdo das provas; à avaliação e aos seus critérios; ao horário de aplicação das provas e à nota mínima exigida para todos os demais candidatos.

Assim, não se pode exigir do candidato portador de deficiência física que realize o mesmo esforço físico previsto para os demais candidatos. Cabe à comissão organizadora a responsabilidade de providenciar as adaptações necessárias para que o candidato possa fazer o teste de forma diferenciada.

Tendo a Administração Pública aceitado a inscrição do autor para concorrer no certame como portador de necessidades especiais, bem como pelo fato de haver discussão na Ação Ordinária nº 0024.06.992451-2, se havia ou não a alegada necessidade especial, seria temerário submeter o candidato a uma prova física, pois não se poderia prever as consequências por tal esforço.

Anoto que não se discute a necessidade de realização de exames biofísicos para os cargos referentes à atividade policial. Todavia, no presente caso, trata-se de candidato ao cargo de médico legista, que certamente não desempenhará as mesmas funções de um policial, além de ser portador de necessidades especiais, devendo ser observado o princípio constitucional da razoabilidade.

Ademais, não se pode violar o princípio da igualdade preconizado pela Constituição da República de 1988, o qual, segundo a doutrina e a jurisprudência, consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, seguindo a máxima de Aristóteles.

Por derradeiro, como já afirmado, o autor foi considerado portador de necessidades especiais, pelo v. acórdão, cuja cópia se vê às f. 141/143, publicado em 10.07.2009, transitado em julgado em 26.08.2009, conforme se constata pelo andamento processual obtido no endereço eletrônico deste Tribunal na rede mundial de computadores.

Enfim, deve ser mantida a sentença que afastou a exigência de o autor se submeter ao exame físico.

Com essas considerações, no reexame necessário, confirmo a sentença. Julgo prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, na forma da lei.

É como voto.

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - Na revisão que fiz desses autos, cheguei à mesma conclusão do ilustre Relator, por isso acompanho, integralmente, o voto de S. Exª.

DES.ª SANDRA FONSECA - Acompanho, integralmente, o voto do eminente Relator.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO FEITO DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...

Interesse processual - Utilidade e necessidade do provimento - Obrigação de fazer - Imóvel abandonado - Ausência de conservação e limpeza - Construção de muro e passeio - Riscos à saúde pública - Direito de agir notório - Art. 513, § 3º, do CPC - Inteligência - Necessidade de dilação probatória

Ementa: Administrativo e processual civil. Ação cominatória (obrigação de fazer). Terreno sem manutenção pelo proprietário. Necessidade de limpeza e conservação. Ausência de muro ou cerca. Obrigação legal de conservação da propriedade imóvel e de construção de muro e passeio. Risco à saúde pública diante da presença de animais e insetos transmissores de doenças graves. Sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito, sob o fundamento de ausência de interesse processual. Interesse de agir notório. Impossibilidade de imediato julgamento na 2ª Instância diante da necessidade de produção de provas. Sentença cassada. Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.09.528621-0/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Município de Juiz de Fora - Apelado: Cláudio Casadio - Relator: DES. BRANDÃO TEIXEIRA

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 PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de fevereiro de 2011. - *Brandão Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BRANDÃO TEIXEIRA - Os autos tratam de apelação interposta contra a r. sentença de f. 76/77, que, nos autos da "ação de obrigação de fazer c/c tutela antecipada", proposta pelo apelante em desfavor do apelado, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito (art. 267, VI, CPC), por reconhecer ausente o interesse de agir do autor, ora apelante.

Em suas razões recursais (f. 78/86), o apelante requer seja a lide julgada desde logo, em face do art. 515, § 3º, do CPC, ou, alternativamente, postula o provimento do apelo objetivando a "anulação" da sentença para que, após o retorno dos autos, o Juízo *a quo*, "retomando o processamento e instrução do feito", julgue o mérito da causa, proferindo nova sentença. Alega: possui notório interesse de agir na lide em comento; na inicial, postulou que o réu apelado, diante de sua inércia, fosse condenado a cumprir obrigações "de capinar, limpar e fechar o seu terreno, como manda o Código de Postura Municipal (Lei 11.197/06)"; não há, na exordial, pedido de condenação ao "pagamento de pena de multa"; não se pode confundir a multa prevista no art. 461, § 5º, do CPC (*astreintes*), com multa imposta em processo administrativo oriundo de fiscalização municipal; o pedido veiculado na inicial não cuida de cobrança de multa administrativa, até porque tal pretensão deve se dar por meio de necessária execução fiscal; no feito de origem, foi relatada "flagrante situação de lesão ao direito do Município de manter as posturas urbanísticas da cidade", o que faz incidir o princípio da inafastabilidade de jurisdição e o direito de ação; o fato de o Município deter poder de polícia, exercido na espécie, mas, sem obediência do apelado, não pode afastar seu direito de ação, visto que o interesse de agir é notório; o Código de Posturas do Município prevê a responsabilidade do proprietário do imóvel em manter e conservar seu bem particular; por se tratar de imóvel particular e agindo com cautela, buscou a tutela jurisdicional, para compelir o proprietário, aqui apelado, a cumprir suas obrigações como proprietário; caso não houvesse interesse de agir na hipótese dos autos, o art. 461 do CPC perderia sentido; existe, na espécie, pleno interesse processual por parte do Município, "estando presentes tanto a adequação como a necessidade-utilidade"; a via escolhida (ação de obrigação de fazer) encontra previsão no CPC (art. 461); há necessidade da tutela jurisdicional (o processo administrativo foi insuficiente na solução do conflito) e mostra-se presente a utilidade no manejo da referida ação (sendo julgada procedente, o réu será compelido a tomar providências relativamente ao seu imóvel).

Decisão recebendo a apelação no duplo efeito e determinando a intimação do apelado para responder ao recurso à f. 87.

Apesar de intimado (f. 87), o réu apelado quedou-se inerte e não apresentou contrarrazões (f. 87).

O Ministério Público em 1ª instância, pelos motivos expostos, não opinou nos autos (f. 88/90).

Manifestação da d. Procuradoria-Geral de Justiça, à f. 97, deixando de ofertar parecer por desnecessidade de intervenção do Ministério Público, em atenção à Recomendação PGJ 01/2001.

Juízo de admissibilidade.

Conhece-se do recurso voluntário, por ser próprio, tempestivo e estarem presentes as condições de admissibilidade.

Não há preliminares a serem enfrentadas, razão pela qual se adentra ao mérito recursal.

Mérito.

O autor alegou, na inicial, que o réu descumpriu reiteradas vezes a obrigação, prevista na legislação municipal, de limpar, capinar e manter cercado o imóvel (terreno não edificado) de sua propriedade (do apelado), o que, além de violar o Código de Posturas e outro diploma legal daquela Municipalidade, pode acarretar riscos à saúde pública, em especial a dos moradores da vizinhança, "podendo ter ali larvas do mosquito Aedes Aegypti", e, conforme relato de vizinhos, de que haveria ratos mortos nas imediações, doenças "como a Leptospirose, Peste Bubônica, Tifo Murino, Hantavirose", que "podem ser fatais" (f. 02/08).

Trouxe com a inicial, corroborando suas alegações, cópias das autuações lavradas em fiscalizações e processos administrativos instaurados em desfavor do réu, inclusive com aplicação de multas pelo descumprimento das obrigações legais impostas aos proprietários de terrenos não edificados que descuidam de sua propriedade, como na espécie em exame, inclusive com inscrição em dívida ativa daquele Município (cópias de f. 14/34).

Submetido o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela ao Juízo primevo, foi deferida a liminar, com fixação de multa diária em caso de descumprimento, por meio da decisão de f. 38/41.

Citado, o réu apelado apresentou contestação e documentos, alegando, em suma, que (f. 48/54): é proprietário do terreno em questão; solicitou um prazo ao Município, antes de tomar as providências exigidas pela fiscalização, "para que o terreno fosse vendido, tendo em vista que não possui rendimentos suficientes para custear as obras necessárias ao referido terreno a serem feitas no prazo de trinta dias"; não fora regularmente

cientificado das autuações e processos administrativos; após anos de tentativa, conseguiu localizar um pretenso comprador do imóvel, que "lhe adiantou uma importância em dinheiro para realização das obras na local", com posterior abatimento no preço final da compra e venda; diante disso, iniciou as obras exigidas pela Municipalidade, que "já se encontram praticamente concluídas", encontrando-se o terreno "capinado, murado e com seu passeio em conclusão", exibindo fotografias alegadamente do local (f. 53/54).

Instado a manifestar sobre a contestação e respectivas fotografias, o autor apelante solicitou prazo ao Juízo monocrático, para realizar diligências no local, com o fim de constatar se o terreno em discussão era o mesmo das fotos e se o réu havia cumprido as exigências legais solicitadas na ação (f. 59).

Às f. 62/68, veio aos autos terceiro, informando que havia comprado o terreno do réu e, por isso, postulando a substituição processual, mediante sua inclusão no polo passivo da lide.

Realizada a diligência pela fiscalização municipal, constatou-se que, apesar de se tratar do mesmo imóvel, as exigências de postura municipal postuladas na inicial não haviam sido atendidas pelo proprietário do terreno, ora apelado, ensejando o requerimento de prosseguimento do feito por parte do autor (f. 70/74, especialmente essa última folha - termo de diligência fiscal lavrado em 10.11.2009). Salienta-se que, no mesmo petitório, o autor discordou do requerimento de substituição processual formulado pelo terceiro adquirente do imóvel em exame.

Todavia, a despeito da controvérsia instalada no processo, notadamente sobre a certeza do cumprimento ou não das obrigações legais impostas ao réu (limpeza, capina e construção de muro/cerca e passeio no terreno de sua propriedade), o MM. Juízo de origem proferiu a sentença aqui hostilizada, julgando extinto o processo, sem resolução de mérito, por considerar ausente o interesse de agir do autor (f. 76/77). Peço vênia para transcrever excertos da referida sentença, *verbis*:

> [...]
> Tenho que na hipótese não se encontra presente o interesse de agir do autor, entendido este como a necessidade-utilidade do provimento jurisdicional reclamado.
> É que, em caso de procedência do pedido, será o réu condenado ao pagamento de multa como forma de ser compelido a cumprir a decisão judicial. Todavia, como se sabe, o Município - no que tange às posturas edilícias - possui poder de polícia, podendo ele próprio cominar e impor multas ao munícipe recalcitrante, em nada dependendo, para esse desiderato, do concurso do Poder Judiciário.
> Em outras palavras, pode o Município - através de meios próprios - obter o resultado prático equivalente, atuando com o poder de polícia que lhe foi constitucionalmente confiado, sem qualquer necessidade de movimentar a dispendiosa máquina judiciária.
> Isso posto, reconhecendo a ausência de uma das condições da ação, qual seja o interesse processual, entendido este como a necessidade-utilidade do provimento jurisdicional reclamado, julgo extinto o presente processo, sem resolução do mérito, o que faço na forma do art. 267-VI do Código de Processo Civil.

Data venia, com razão o Município apelante em seu inconformismo.

Ora, a sentença apelada, *venia concessa,* confunde multa administrativa, decorrente do poder de polícia da Administração, já reiteradamente aplicada pelo apelante em face do apelado (f. 14/34), ao que parece sem sucesso, com a cominação, resultado prático e perdas e danos típicos das ações decorrentes do art. 461 do Código de Processo Civil. Referida norma legal, em seu *caput* e § 1º, prevê:

> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.
> § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente.

Dessarte, não há que se confundir multa fiscalizatória imposta pela Administração Pública, em decorrência do poder de polícia, com o objeto e o resultado que podem ser obtidos por meio das chamadas ações cominatórias, cuja obrigação buscada, se procedente o pedido e dependendo do caso, poderá ser convertida em perdas e danos, que igualmente não se confunde com multa, seja administrativa, seja a *astreinte*.

De fato, pelo que se colhe do exame dos autos, o interesse de agir do Município apelante é indiscutível, porque, mesmo depois de inúmeras autuações e decorrentes processos administrativos, com imposição de multas (f. 14/34), o proprietário do terreno em foco, ora apelado, se recusa a cumprir as obrigações legais de manter limpo, capinado e cercado o imóvel não edificado, o que, em última instância, pode acarretar risco à saúde pública em virtude dos animais e insetos vetores de doenças graves que podem se instalar naquele local descuidado.

A respeito do interesse de agir, o art. 3º do CPC diz que, para propor ou contestar uma ação, é necessário ter interesse e legitimidade. O art. 76 do Código Civil exigia, para esse mesmo fim, legítimo interesse econômico ou moral.

O interesse de agir, como condição de ação, assenta-se na premissa de que não convém ao Estado que se acione o aparelho judiciário, em exercício de jurisdição, sem que dele se extraia resultado útil, que corresponda exatamente ao escopo da função jurisdicional, ou seja, a manutenção da paz na sociedade, por meio da aplicação do direito positivo, diante de um conflito de interesses (cf. CINTRA, Antônio C.A.; GRINOVER, Ada P.;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 261).

Com muita razão, José Rubens Costa pondera que o interesse de agir deve impedir o supérfluo e inútil apelo ao Judiciário e que falta interesse de agir quando há um caminho mais econômico e rápido para o interessado atingir o resultado, concluindo que o interesse de agir "dirá da necessidade ou não de se valer da via judicial" (*Manual de processo civil*, Teoria geral a ajuizamento da ação. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1, p. 96-97).

Por isso, Ernane Fidélis dos Santos assinala que o interesse é de ordem puramente processual e se revela na necessidade de a pessoa socorrer-se do processo para ver solucionado o litígio de que é sujeito, ou cuja composição pode demandar (*Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1, p. 472). O interesse de agir não se confunde com o interesse substancial ou primário, cuja realização ou satisfação o autor pretende alcançar por meio da ação proposta (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 1, p. 59).

Procurando marcar bem as diferenças entre o interesse de agir e o interesse primário, em razão de alguns autores negarem a distinção entre ambos, assim Liebman o definiu:

> Interesse processual, ou interesse de agir, existe, quando há para o autor utilidade e necessidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa. É, pois, um interesse de segundo grau, porque consiste no interesse de propor o pedido, tal como foi proposto, para a tutela do interesse que encontrou resistência em outra pessoa, ou que, pelo menos, está ameaçado de encontrar essa resistência. Por isso, brota diretamente do conflito de interesses surgido entre as partes, quando uma delas procura vencer a resistência encontrada, apresentando ao juiz um pedido adequado. A existência do conflito de interesses fora do processo é a situação de fato que faz nascer no autor interesse de pedir ao juiz uma providência capaz de resolvê-lo. Se não existe o conflito ou se o pedido do autor não é adequado para resolvê-lo, o juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, anti-econômico e dispersivo (*Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 125-126).

O interesse de agir nas ações condenatórias surge em função da simples existência de um conflito, de direito material, não resolvido (COSTA, José Rubens. *Op. cit*., p. 97). De seu turno, o art. 4º do CPC consente em que o interesse do autor pode limitar-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica e à autenticidade ou falsidade de documento, mesmo diante de uma ameaça, ainda que não tenha ocorrido efetiva lesão ao direito.

O mesmo José Rubens Costa entende que sempre há uma violação do direito quando ele é negado ou posto em dúvida ou quando se questiona uma relação jurídica de modo a impedir, dificultar ou diminuir o exercício do direito de alguém (*Idem, ibidem*). Se o réu não resiste à pretensão do autor, não há lide a ser solucionada pelo juiz, tornando o autor carecedor de ação por falta de interesse de agir.

Venia maxima, na lide em comento há, inegavelmente, uma pretensão resistida e, afora isso, o interesse de agir do autor apelante é inconteste, porque, pelo que se depreende dos autos, o réu apelado insiste em não cumprir as determinações legais contidas no Código de Postura Municipal e em outro diploma legal daquela Municipalidade.

Portanto, afigura-se equivocada a sentença em considerar ausente o interesse processual do autor e em extinguir o processo sem resolução de mérito, acarretando, por isso, a imperiosa necessidade de cassação do *decisum*, com retorno dos autos à primeira instância para o pertinente prosseguimento do feito e, no momento adequado, prolação de nova sentença, conforme convencimento que vier a ser formado pelo Juízo primevo.

Cumpre ressaltar que, diante da aparente controvérsia existente nos autos sobre o efetivo cumprimento ou não das determinações legais de limpeza, capina e construção de muro e passeio no terreno em exame, consoante se verifica das petições e documentos de f. 48/54 (contestação e fotografias do réu) e 70/74 (impugnação, cópias de fotos e termo de diligência fiscal do autor), reputo inviável, na espécie, a aplicação do disposto no § 3º do art. 515 do CPC, porque, em vista da necessidade de dilação probatória, a causa não se encontra em condições de imediato julgamento.

Conclusão.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, para cassar a r. sentença objeto da apelação, com determinação de prosseguimento do feito em 1ª instância.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CAETANO LEVI LOPES e HILDA TEIXEIRA DA COSTA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Consumidor - Aquisição de veículo novo - Vício de fabricação - Defeito no sistema elétrico - Prova pericial - Defeito sanável - Troca do produto - Impossibilidade - Art. 18 da Lei 8.078/90 - Relação de consumo - Fabricante e revendedor - Responsabilidade solidária

Ementa: Aquisição de veículo novo. Vício de fabricação. Defeitos no sistema elétrico. Relação de consumo.

Responsabilidade solidária do fabricante e do revendedor. Incidência do art. 18 do CDC. Ausência de comprovação dos alegados vícios. Problema de fácil reparo. Pedido de substituição do produto. Impossibilidade. Sentença mantida.

- Tanto o fabricante como o comerciante, em contratos de compra e venda de bens móveis, mormente em negócios realizados à luz da legislação consumerista, respondem solidariamente pela qualidade do produto vendido (art. 18 do CDC).

- De acordo com o art. 18 do CDC, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, o consumidor não pode exigir a troca do produto, pois o fornecedor tem este prazo para reparar o produto e entregá-lo em perfeito estado para o consumidor.

- O laudo pericial rechaça a alegação da autora de que o veículo deve ser substituído por um novo, já que os problemas descritos seriam facilmente solucionados, não sendo necessária a troca do automotor, ainda mais levando-se em consideração a quilometragem percorrida e o decurso do tempo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.663704-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Sileida Fagundes de Almeida Santos - Apelada: General Motors do Brasil S.A., J Par Distribuidora de Veículos Ltda. - 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, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de março de 2011. - *Francisco Kupidlowski* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FRANCISCO KUPIDLOWSKI - Pressupostos presentes. Conhece-se do recurso.

Contra uma sentença que, na Comarca de Belo Horizonte - 14ª Vara Cível -, julgou improcedentes os pedidos iniciais de substituição do produto por vício de qualidade e indenização por danos materiais e morais, surge o apelo interposto pela autora, Sileida Fagundes de Almeida Santos sustentando que adquiriu um veículo Marca Chevrolet, zero quilômetro, no ano de 2005, junto ao ora apelado, todavia, o automotor apresentou problemas na parte elétrica, barulhos na porta esquerda dianteira e no motor, defeitos nas travas e vidros das portas, sendo que a revendedora não se prontificou a cumprir nenhuma das determinações constantes no art. 18 do CDC.

Para resguardar o patrimônio do consumidor, a lei consumerista dispõe que os fornecedores, incluídos os fabricantes e os comerciantes, respondem, solidariamente, perante os consumidores, pelos vícios de qualidade ou quantidade do produto, independentemente da existência de vinculação contratual, já que a relação jurídica de consumo não pressupõe o contrato, que pode ou não haver entre o fornecedor e o consumidor final destinatário.

O dever de reparação, segundo a norma constante no art. 18 do CDC, surge com a ocorrência do vício de qualidade que torne o produto impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina, ou que lhe diminuam o valor, *in verbis*:

> 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.
> § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:
> I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
> II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
> III - o abatimento proporcional do preço.

O Judiciário não pode se basear em presunção, mas em provas constantes nos autos, até porque o que inexiste no processo, inexiste no mundo jurídico.

O caso dos autos é tipicamente de responsabilidade objetiva atribuída ao fornecedor do produto, igualmente denominada responsabilidade independentemente de culpa, cumprindo à autora demonstrar o ato ocorrido, a existência do dano e o nexo causal entre o ato e o resultado lesivo.

Importante consignar que, mesmo na hipótese de responsabilidade objetiva, é indispensável demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

No caso presente, a autora alega defeitos de fábrica no veículo ao fundamento de que o mesmo reiteradamente foi para revisão, sendo constatado um defeito na parte elétrica.

É possível extrair das ordens de serviço apresentadas pela própria autora que o veículo adquirido pela mesma fora encaminhado à concessionária diversas vezes, todavia, das aludidas passagens pela oficina, duas

foram para revisão programada e outras duas para serviço de lanternagem, uma vez que o automotor já se envolveu em dois acidentes.

No caso em comento, analisando o laudo pericial, verifico que a autora notificou a concessionária ré, acerca do problema apresentado em seu veículo, em 18.09.2006, quando o seu veículo estava com 12.697 km, ou seja, 292 dias após a instalação dos vidros/travas elétricos e alarme, forte se infere à f. 272, em resposta ao quesito 6, sendo que o menor intervalo entre as reclamações foi de 112 dias.

Vale consignar que o perito não constatou os problemas relatados pela autora durante a vistoria para elaboração do laudo pericial, sendo oportuna a transcrição de sua conclusão:

> Apesar do funcionamento irregular das travas e vidros elétricos não ter ocorrido durante a vistoria técnica, sendo, portanto, uma pane intermitente, esta anomalia pode ser resolvida substituindo todos os componentes do sistema de alarme, travas e vidros elétricos.

Ora, o laudo pericial rechaça a alegação da autora de que o veículo deve ser substituído por um novo, já que os problemas descritos seriam facilmente solucionados, não sendo necessária a troca do automotor, ainda mais levando-se em consideração a quilometragem percorrida e o decurso do tempo.

Portanto, não merecem guarida as alegações da apelante, devendo, assim, prevalecer a decisão primeva, que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Com o exposto, nego provimento à apelação.

Custas do recurso pela apelante, isenta.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CLÁUDIA MAIA e NICOLAU MASSELLI.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Assistência materno-infantil - Direito assegurado nas Constituições Federal e Estadual - Ipsemg - Suspensão da concessão do benefício através de deliberação - Ato administrativo - Ausência de motivação - Nulidade declarada - Verba honorária - Fixação - Art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil - Referencial - Apreciação equitativa do magistrado - Manutenção

Ementa: Administrativo. Servidor. Assistência materno-infantil. Suspensão da Deliberação nº 09/03. Ausência de motivação. Nulidade do ato. Honorários. Fixação.

- O ato administrativo restritivo de direito funcional, ainda que discricionário, deve ser necessariamente motivado. Precedentes do STJ.

- É nula a Deliberação nº 09/03, que, à margem de qualquer fundamentação, suspende a concessão de novos benefícios no âmbito do "programa de assistência materno-infantil" instituído pelo Ipsemg.

- Na fixação dos honorários advocatícios por equidade, o julgador deve ter como referencial as alíneas do § 3º do art. 20 do CPC, para bem remunerar a nobre e elevada atividade exercida pelo advogado.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.09.534896-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ipsemg - Apelada: J.C. - 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 da Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2011. - *Fernando Botelho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO BOTELHO - Relatório.

Cuida-se de reexame necessário de sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte/MG, que, nos autos da ação ordinária movida por J.C. em face ao Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg, julgou procedente o pedido para condenar a autarquia à inclusão do filho da autora, G.H.C.S., no Programa de Assistência Materno-Infantil, condenando-o, ainda, ao pagamento dos valores do referido benefício vencidos desde 07.07.2008.

Inconformado, apela o Ipsemg às f. 78/81, arguindo que o programa de assistência materno-infantil é prestado sob a forma de auxílio pecuniário às mães servidoras, nos termos da Portaria nº 10/95, a partir da inscrição do filho junto à Divisão de Recursos Humanos. Esclarece que, por meio da Deliberação nº 09/03, o Conselho Deliberativo suspendeu, no entanto, a concessão de novos benefícios de auxílio materno-infantil a partir de 1º de novembro de 2003, não tendo, pois, a

autora direito à benesse, tendo em vista a formalização de seu requerimento em julho de 2008.

Eventualmente, pugna pela redução dos honorários de sucumbência, requerendo sua fixação em no máximo R$ 500,00.

Contrarrazões às f. 84/96, pelo desprovimento do apelo.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso oficial, *ex vi* do art. 475, I, do CPC.

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

Voto.

A autora, J.C., busca, em ação ordinária c/c pedido de antecipação dos efeitos da tutela, provisão judicial que lhe assegure a inclusão de seu filho, G.H.C.S., no programa de assistência materno-infantil com efeitos retroativos a julho de 2008, com o consequente pagamento dos valores inadimplidos, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros e 6% ao ano. Requer, ainda, seja incidentalmente declarada a inconstitucionalidade da Deliberação nº 09/03 do Conselho Diretor do Ipsemg.

Para tanto, argui que carente de motivação a Deliberação nº 09/93, que culminou na suspensão do benefício, contrariando o disposto no art. 81 da Lei Estadual nº 14.184/02, e o assento constitucional do direito do servidor público à assistência gratuita, em creche e pré-escola, aos filhos e dependentes, desde o nascimento até seis anos de idade.

Opondo-se à pretensão inaugural, aduz o Ipsemg que a autora protocolara seu requerimento para concessão do auxílio materno-infantil em 2008, quando já suspenso o benefício nos termos da Deliberação nº 09/03. Sustenta que a Administração Pública e suas autarquias, ao proverem a assistência materno-infantil, o fazem por mera liberalidade, não havendo cogitar de obrigatoriedade.

Ad cautelam, requer a fixação da verba honorária nos termos do art. 20, § 4º, do CPC e aplicação de juros moratórios no percentual de 6% ao ano, com fulcro na Lei nº 9.494/97.

A sentença concluiu pela procedência do pedido.

Delineados os contornos da lide, passo diretamente ao reexame necessário do *decisum*.

Da assistência materno-infantil.

De se notar que o constituinte, ao tratar dos direitos sociais dos trabalhadores em geral, elenca a "[...] assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas", nos termos do art. 7º, inciso XXV da Magna Carta, com redação dada pela EC nº 53/06.

Ao seu turno, o art. 208, inciso IV, da Constituição, em sua nova redação, também dada pela EC nº 53/06, prescreve que "O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade".

No âmbito do Estado de Minas Gerais, estabelece a Carta Mineira:

> Art. 31 [...]
> § 6º Fica assegurado ao servidor público civil o direito a:
> [...]
> II - assistência gratuita, em creche e pré-escola, aos filhos e aos dependentes, desde o nascimento até seis anos de idade;

Nesse contexto, editada a Deliberação nº 05/89 do Conselho Diretor do Ipsemg, criando o "programa de assistência materno-infantil" para os servidores autárquicos, *verbis*:

> Art. 1º Fica criado o 'Programa de Assistência Materno-Infantil' no âmbito do Ipsemg, destinado aos filhos de servidoras do Instituto, na faixa de 0 (zero) a 06 (seis) anos de idade, inclusive.
> Parágrafo único. O servidor do Instituto, viúvo, judicialmente separado, divorciado, ou cuja esposa seja comprovadamente inválida, mental ou fisicamente, que tenha filhos na faixa etária mencionada neste artigo, vivendo sob sua guarda, companhia e dependência econômica, poderá se beneficiar da assistência prevista nesta Deliberação.

E, ainda, a Portaria nº 10/95, que determina a prestação da referida assistência sob a forma de auxílio pecuniário:

> Art. 1º O 'Programa de Assistência Materno-Infantil' criado pela Deliberação do Conselho Diretor nº 05, de 18 de maio de 1989, terá a respectiva assistência materno-infantil prestada sob a forma de auxílio pecuniário às mães servidoras.
> [...]
> Art. 2º O 'Programa' destina-se a amparar o filho, na faixa etária de 0 (zero) a 06 (seis) anos inclusive, conforme disposto na Deliberação nº 05/98.
> Art. 3º - O auxílio pecuniário será devido a partir da inscrição do filho junto à Divisão de Recursos Humanos, desde que esta, após a análise competente, venha a homologá-la.
> [...]
> § 2º - O benefício respectivo não é devido relativamente ao período em que o(a) servidor(a) estiver em gozo de licença paternidade (maternidade) correspondente, nos termos da legislação própria.

A despeito das alegações recursais, vislumbra-se que o benefício não decorre de mera liberalidade, emanando de garantia direto-constitucional, conforme o corrobora precedente do Supremo Tribunal Federal:

> Recurso extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à

educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Recurso improvido. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina (RE410715 AgR/SP, Ministro Celso de Mello, julgado em 22.11.2005).

No caso presente, pleiteia a autora a inclusão de seu filho, G.H.C.S., nascido em 13 de março de 2008 (certidão de nascimento de f. 37), no "programa de assistência materno-infantil" do Ipsemg, vindo protocolizar seu pedido em 07 de julho de 2008, como se vê do documento de f. 38, com o que não concorda a autarquia-requerida, batendo-se pelo advento da Deliberação nº 09/03, que suspendeu a concessão do benefício a partir de novembro de 2003, nos seguintes termos:

> Art. 1º - Fica suspensa a concessão de novos benefícios de que trata a Deliberação nº. 05/89 e a Portaria nº 10/95, a partir de 1º de novembro de 2003, ambas normativas referentes ao Programa de Assistência Materno-Infantil.

Todavia, tenho que o ato administrativo, ainda que discricionário, necessariamente deve ser motivado, revelando as razões fáticas e jurídicas a embasá-lo, mormente, na espécie, em que revoga benefício anteriormente instituído em favor dos servidores autárquicos.

Apesar de divergente, é de se ressaltar o escólio doutrinário no sentido de que obrigatória a motivação mesmo dos atos discricionários. A propósito, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são 'donos' da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, 'todo o poder emana do povo [...]' (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como 'Estado Democrático de Direito' (art. 1º, *caput*), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a 'cidadania' (inciso II), os cidadãos em particular o interessado no ato tem o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam. Há de se entender que as razões expostas, em princípio, exigem mais do que a simples enunciação ulterior das razões que o estribaram, vez que para ciência *a posteriori* bastaria o supedâneo fornecido pelos incisos XXXIII e XXXIV, *b*, do art. 5º, segundo os quais, e respectivamente, é garantido aos administrados o direito de receber dos órgãos públicos 'informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral', e obter 'certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal'. Acresce que, se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição e Código de Processo Civil, art. 458, II), e as decisões administrativas dos Tribunais terão que ser motivadas (inciso X do citado art. 93), *a fortiori* deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes (*Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 368/369).

Do mesmo modo, ensina José dos Santos Carvalho Filho:

> Trava-se grande discussão a respeito da obrigatoriedade ou não da motivação nos atos administrativos. Alguns estudiosos entendem que é obrigatória; outros, que a obrigatoriedade se circunscreve apenas aos atos vinculados. Pensamos, todavia, diferentemente. Como a lei já predetermina todos os elementos do ato vinculado, o exame de legalidade consistirá apenas no confronto do motivo do ato com o motivo legal. Nos atos discricionários, ao revés, sempre poderá haver algum subjetivismo e, desse modo, mais necessária é a motivação nesses atos para, em nome da transparência, permitir-se a sindicabilidade da congruência entre sua justificativa e a realidade fática na qual se inspirou a vontade administrativa (*Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 105).

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais poderes do Estado (*Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 221).

E, ainda, Juarez Freitas:

Indubitavelmente, devem os atos administrativos ser motivados, em analogia com o que sucede na prática dos atos jurisdicionais, excetuados, quiçá, os de mero expediente e os ordinatórios de feição interna, quando autocompreensivos na sua expedição, designadamente na hipótese dos vinculados, ainda que sempre conveniente alguma fundamentação. Em sintonia com a mais acertada orientação, sobreleva e se faz inescapável o dever de motivar tratando-se dos atos discricionários, já que os vinculados, em boa parte das vezes, poderão licitamente sobreviver sem o cumprimento estrito de tal regra que influi da Lei Maior. Na perspectiva adotada, é exatamente na consecução daqueles atos administrativos, que mais aparentemente reservam liberdade ao administrador, onde maior deverá ser a cobrança da devida fundamentação. Mais: ainda que a lei (contra a qual, por certo, militariam fortes indícios de inconstitucionalidade) dispensasse a motivação dos atos discricionários, esta seria uma obrigatoriedade descendente diretamente da Constituição, mais precisamente do núcleo fundante de seus princípios. De tal sorte, aplica-se ao administrador, agente do Poder Público, a regra constitucional expressamente atribuída ao Juiz no exercício da tutela jurisdicional (e aos tribunais, inclusive, no âmbito de suas decisões administrativas) que impõe o dever de motivar, compulsoriamente e sob a pena de nulidade, os atos de discricionariedade vinculada, no intuito de verdadeiramente coibir o desvio de poder. Tal proposição resulta irretorquível quando se aceita que, na prática de todo e qualquer ato administrativo, o que se verifica é a inexistência de liberdade irrestrita. A liberdade, negativa ou positivamente considerada, somente pode ser aquela que, por assim dizer, decorre da vontade do sistema, bem como de sua abertura ou ínsita indeterminação. Esta, assinale-se de passagem, não é de pequena monta, pois são múltiplas e sugestivas as possibilidades de aplicação do Direito, ainda que reduzidíssimas no mais completamente vinculado dos atos. Todas as possibilidades, em maior ou menor escala, contudo, devem guardar fundamentações na regularidade do sistema, para evitar dois fenômenos simétricos e igualmente nocivos: de uma parte, uma noção de vinculatividade dissociada da subordinação a outros princípios da estrita legalidade e, de outra, uma noção de discricionariedade tendente a dar as costas à vinculação ao sistema, minando, pela arbitrariedade, a sua fundamentada abertura (*Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 135/136).

Acerca da necessidade de motivação dos atos administrativos, a jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Mandado de segurança. Indeferimento de autorização para funcionamento de curso superior. Ausência de motivação do ato administrativo. Nulidade. 1. A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, e § 1º da Lei 9.784/99). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato. 2. No caso, ao fundamentar o indeferimento da autorização para o funcionamento de novos cursos de ensino superior na 'evidente desnecessidade do mesmo', a autoridade impetrada não apresentou exposição detalhada dos fatos concretos e objetivos em que se embasou para chegar a essa conclusão. A explicitação dos motivos era especialmente importante e indispensável em face da existência, no processo, de pareceres das comissões de avaliação designadas pelo próprio Ministério da Educação, favoráveis ao deferimento, além de manifestações no mesmo sentido dos Poderes Executivo e Legislativo do Município sede da instituição de ensino interessada. 3. Segurança parcialmente concedida, para declarar a nulidade do ato administrativo (MS9944/DF, Ministro Teori Albino Zavascki, j. em 25.05.2005).

Agravo regimental. Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Ato administrativo. Motivação. Ausência. 1. O motivo é requisito necessário à formação do ato administrativo e a motivação, alçada à categoria de princípio, é obrigatória ao exame da legalidade, da finalidade e da moralidade administrativa. 2. Como ato diverso e autônomo que é, o ato administrativo que torna sem efeito ato anterior, requer fundamentação própria, não havendo falar em retificação, se o ato subseqüente não se limita a emendar eventual falha ou erro formal, importando na desconstituição integral do ato anterior. 3. O ato administrativo, como de resto todo ato jurídico, tem na sua publicação o início de sua existência no mundo jurídico, irradiando, a partir de então, seus legais efeitos, produzindo, assim, direitos e deveres. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no RMS 15350/DF, Ministro Hamilton Carvalhido, j. em 12.08.2003).

E nem se diga, aqui, que compete ao ente político ao qual se vincula a autarquia - *in casu*, o Estado de Minas Gerais - o dever constitucional de prestar a assistência infantil, em creche ou pré-escola (art. 31, § 6º, da CE/89), tampouco que a obrigação é dos Municípios (art. 211, § 2º, da CR/88), visto que, tratando-se, como se trata na hipótese, de ato administrativo restritivo de direito funcional, os motivos hão de estar consignáveis na sua estruturação, demonstrando as circunstâncias fático-jurídicas em que a autarquia baseara-se para suspender a sua concessão.

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.
[...]
§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

No caso em apreço, editada dita Deliberação nº 09/03 sem quaisquer "considerandos", não permitindo,

assim, aferir os motivos que levaram o Ipsemg a interromper a outorga de benesse com assento constitucional, anteriormente conferida aos servidores do seu quadro de pessoal.

Dessa forma, caracterizado o déficit motivador da deliberação, equivalendo, à ausência de motivo do ato que suspendeu a concessão de novos benefícios do "Programa de Assistência Materno-Infantil", patente a ilegalidade da Deliberação nº 09/93 e a necessidade de anulação respectiva, consoante posição majoritária consolidada no âmbito desta Corte de Justiça:

> Administrativo. Apelação. Programa de assistência materno-infantil. Suspensão. Ausência de motivação do ato. Ilegalidade. - É ilegal a Deliberação 09/03, que suspendeu os benefícios de assistência materno-infantil aos servidores públicos, instituídos pela Deliberação 05/89, uma vez que demanda a devida motivação, por importar em cassação de benefício concedido a servidor, motivação esta que, ausente, gera a nulidade do ato (Apelação Cível 1.0024.08.044114-0/003(1), Des. Dídimo Inocêncio de Paula, j. em 02.07.2009).

> Administrativo. Servidor. Programa de assistência materno-infantil. Inclusão de filho de zero a seis anos. Possibilidade. Ato que suspendeu o benefício. Ausência de motivação. Nulidade. - É nula a Deliberação 09/03, que suspende a concessão de benefícios relativos ao Programa de Assistência Materno-Infantil, desprovida de qualquer motivação. - O direito à assistência em creche e pré-escola aos filhos de servidores, que estiverem entre zero a seis anos, é assegurado no art. 208, IV, da Constituição Federal e no art. 31, § 6º, II, da Constituição do Estado. Recurso provido (Apelação Cível 1.0024.08.044111-6/002(1), Des. Heloísa Combat, j. em 07.04.2009).

> Administrativo e processual civil. Ação ordinária. Inclusão de filha de servidora do Ipsemg no Programa de Assistência Materno-Infantil. Suspensão pela Deliberação nº 09/03. Ato administrativo nulo por falta de motivação. 1. A servidora pública do Ipsemg faz jus aos benefícios previstos no Programa de Assistência Materno-Infantil do Ipsemg em face da evidente nulidade da Deliberação nº 09/03, que extinguiu citado programa assistencial sem, contudo, externar os motivos determinantes à realização de tal ato. 2. Sentença confirmada em reexame necessário (Apelação Cível 1.0024.06.994609-3/002(1), Des. Mauro Soares de Freitas, j. em 16.04.2009).

> Administrativo. Servidora pública. Programa de Assistência Materno-Infantil. Inclusão de filho e restituição de parcelas não creditadas. Ato administrativo de suspensão. Ausência de motivação. Ilegalidade. Sentença confirmada. - A suspensão de auxílio materno-infantil regularmente instituído ao servidor não é livre. Em se tratando de ato que restringe direito anteriormente concedido ao servidor, deve estar motivado, ou seja, justificadas as razões de fato e de direito que o ensejaram, sob pena de invalidade. Recurso provido (Apelação Cível 1.0024.06.990122-1/002(1), Des. Kildare Carvalho, j. em 19.02.2009).

> Ação ordinária. Falta de motivação do ato. Ilegalidade. Deferimento. Inclusão de dependente no Programa de Assistência Materno-Infantil. Ipsemg. Redução de honorários. - Verificando-se que a implantação do Programa de Assistência Materno-Infantil do Ipsemg se deu visando à proteção do trabalho da mulher e que a suspensão do benefício ocorreu de forma imotivada, é nulo o ato administrativo. Segundo o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas do § 3º (Apelação Cível 1.0024.07.442604-0/002(1), Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. em 06.11.2008).

> Apelação cível/Reexame necessário. Ação ordinária. Inclusão de filha de servidora do Ipsemg no Programa de Assistência Materno-Infantil. Suspensão pela Deliberação nº 09/03. Ato administrativo nulo por falta de motivação. Procedência do pedido. - A servidora pública do Ipsemg faz jus aos benefícios previstos no Programa de Assistência Materno-Infantil do Ipsemg em face da evidente nulidade da Deliberação nº 09/03, que extinguiu citado programa assistencial sem, contudo, externalizar os motivos determinantes à realização de tal ato (Apelação Cível 1.0024.06.993682-1/001(1), Des. Edivaldo George dos Santos, j. em 1º.07.2008).

> Ação ordinária. Filho menor necessitando de cuidados especiais. Programa de Assistência Materno-Infantil do Ipsemg. Tutela antecipada. Inclusão do menor no programa. - A tutela antecipada só deve obediência à inequivocidade e verossimilhança em que funda o autor o seu pedido. - Afigura-se inequívoco e verossímil o direito à inclusão de criança no Programa de Assistência Materno-Infantil do Ipsemg pouco se dando que a inclusão esteja temporariamente suspensa. - O compromisso solene sob o aspecto jurídico impõe ao Estado o dever de assistir ao menor independentemente de entraves factuais (Apelação Cível 1.0024.07.745543-4/001(1), Des. Belizário de Lacerda, j. em 03.06.2008).

> Ipsemg. Programa de Assistência Materno-Infantil. Suspensão. Motivação. Inexistência. Invalidade. Termo inicial. Requerimento. - É invalido, ante a sua falta de motivação, o ato administrativo que suspendeu o programa de assistência materno-infantil criado pelo Ipsemg, fazendo a servidora jus ao benefício a partir do requerimento feito junto à autarquia (Apelação Cível 1.0024.07.384854-1/003(1), Des. Antônio Sérvulo, j. em 17.06.2008).

> Direito constitucional. Direito administrativo. Reexame necessário. Apelação. Ação ordinária. Programa de Assistência Materno-Infantil. Inclusão. Suspensão do benefício. Ato administrativo. Motivação. Ausência. Ilegalidade. Honorários advocatícios. Fixação em valor razoável. Sentença confirmada. Recurso prejudicado. - Todo ato praticado no exercício da função administrativa é considerado ato da Administração e, como tal, deve preencher determinados requisitos, dentre os quais a motivação; sendo certo que o ato administrativo constante da Deliberação nº 9/2003 se encontra desmotivado, o que conduz à sua ilegalidade (Apelação Cível 1.0024.07.385074-5/003(1), Des. Moreira Diniz, j. em 13.11.2008).

> Ação ordinária com pedido de tutela antecipada. Auxílio materno-infantil. Deliberação 05/89. Suspensão. Deliberação nº 09/03. Violação a preceitos fundamentais da Constituição da República. Juros moratórios. Sentença parcialmente reformada. - A pretensão da apelada encontra

amparo no art. 208, inciso IV, da Constituição da República e no art. 31, § 6º, inciso II, da Constituição Estadual; assim como se constata que a Deliberação nº 09/2003, ato administrativo que fundamentaria a não inclusão do filho da agravada no Programa de Assistência Materno-Infantil do Ipsemg, não se encontra motivado, o que conduz a sua nulidade. - Os juros moratórios impostos contra a Fazenda Pública devem ser fixados em 0,5% ao mês, conforme determinação expressa do art. 1º-F da Lei 9.494/97, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35 (Apelação Cível 1.0024.06.216042-9/002(1), Des. Alvim Soares, j. em 14.08.2007).

Ação ordinária. Inclusão de filha de servidora pública no Programa de Assistência Materno-Infantil do Ipsemg. Benefício suspenso através de deliberação. Ausência de motivação. Nulidade do ato administrativo. - É nula de pleno direito a Deliberação nº 09/2003 do Conselho Deliberativo do Ipsemg, que, sem qualquer motivação, suspendeu o direito da servidora de inscrever sua filha no Programa de Auxílio Materno-Infantil criado pela Deliberação nº 05/89. O benefício é devido a partir da data do requerimento junto ao órgão competente, e que foi indeferido (Apelação Cível 1.0024.06.266811-6/001(1), Des. Wander Marotta, j. em 04.12.2007).

Em sentido contrário:

Constitucional. Administrativo. Servidor público estadual. Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais. Assistência materno-infantil. Revogação do benefício. Validade. - A assistência materno-infantil outorgada pelo Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais não pode ser concedida a servidora estadual que a pleiteia quando, após o nascimento de seu filho, a liberalidade já havia sido revogada. A assistência materno-infantil não pode ser exigida de entidade autárquica, mas sim do Estado de Minas Gerais (art. 31, § 6º, CE) ou do Município, a teor do disposto no art. 211, § 2º, CF (Apelação Cível 1.0024.07.383928-4/002(1), Des. Alberto Vilas Boas, j. em 17.02.2008).

Constitucional. Administrativo. Servidor público estadual. Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais. Assistência materno-infantil. Revogação do benefício. Validade. - A assistência materno-infantil outorgada pelo Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais não pode ser concedida a servidora estadual que a pleiteia quando, após o nascimento dos filhos, a liberalidade já havia sido revogada. V.V. (Apelação Cível 1.0024.06.930421-0/003(1), Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. em 16.06.2009).

Servidor público. Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais. Inclusão de filho em Programa de Assistência Materno-Infantil. Revogação do benefício. Legalidade do ato. Sentença reformada. - Em observância ao princípio da legalidade, considerando que o nascimento da criança ocorreu após a revogação do benefício, não assiste à servidora o direito de inclusão de filho no Programa de Assistência Materno-Infantil (Apelação Cível 1.0024.07.440987-1/002(1), Des. Eduardo Andrade, j. em 27.01.2009).

Reexame necessário. Suspensão de benefício. Programa de Assistência Materno-Infantil. Ipsemg. Motivação de ato administrativo discricionário. Desnecessidade. Impossibilidade de controle jurisdicional do mérito. Ausência de direito adquirido. - É desnecessária a motivação de ato administrativo discricionário. O ato de suspensão de benefício depende da conveniência do Administrador Público e não pode ter o mérito controlado pelo Judiciário. Entende-se por direito adquirido aquele que já era incorporado à situação jurídica de seu titular, portanto, exigível, mas não exercitado. Recursos de apelação conhecidos. Agravo retido não conhecido. Sentença reformada, em reexame. Prejudicados os recursos de apelação (Apelação Cível 1.0024.07.442165-1/001(1), Des. Albergaria Costa, j. em 13.11.2008).

De se ressalvar, por último, que a suspensão de benefício assistencial, de caráter marcadamente social, sem implementação de qualquer compensação, macula o princípio da proibição do retrocesso social.

Nesse diapasão, ponderou a e. Desembargadora Maria Elza, quando do julgamento da Apelação Cível nº 1.0024.07.385073-7/005(1):

> Direito administrativo e constitucional. Suspensão de benefício social. Impossibilidade. Mácula ao princípio da proibição de retrocesso social. Violação a preceitos fundamentais da Constituição da República. Sentença confirmada no reexame necessário. - A suspensão de benefício previdenciário, de caráter marcadamente social, sem implementação de política compensatória, macula o princípio da proibição do retrocesso social. Tal princípio impede que, uma vez alcançado determinado nível de concretização de direitos fundamentais e sociais, sejam desconstituídas as conquistas já obtidas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

Por fim, verifico que a suspensão de benefício previdenciário, de caráter marcadamente social, sem implementação de política compensatória, macula o princípio da proibição do retrocesso social.

Tal princípio impede que, uma vez alcançado determinado nível de concretização de direitos fundamentais e sociais, sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

Segundo o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

> [...] a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses de todo inocorrente na espécie, em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais (ADIN 3.128-DF).

Ainda, quanto ao termo inicial para pagamento das parcelas pretéritas pleiteadas, verifica-se que, conforme bem ressaltado pelo Juízo *a quo*, o requerido foi

categórico ao afirmar em sua peça de contestação que, "finda a licença-maternidade em fevereiro de 2004, a autora protocolizou requerimento de inclusão de seu filho no Programa de Assistência Materno-Infantil, perante a Divisão de Recursos Humanos do Ipsemg" (f. 56-TJ). Por seu turno, consoante certidão emitida pelo próprio Ipsemg, "a licença-gestação da requerente terminou em 09 de fevereiro de 2004" (j. em 23.04.2009).

Por tudo, e porque desprovida de motivação a Deliberação nº 09/03, que suspendeu a concessão de novos benefícios no âmbito do "Programa de Assistência Materno-Infantil", é de se manter incólume o *decisum*.

Da verba honorária de sucumbência.

O Juízo fixou os honorários sucumbenciais em R$ 1.000,00, contra o que se insurge o réu, pretendendo sua fixação em no máximo R$ 500,00.

O arbitramento da verba honorária em desfavor da Fazenda Pública deve ter como referencial o art. 20, § 4º, do CPC, com a observância das balizas trazidas pelas alíneas *a, b* e *c* do § 3º, que preconizam:

> § 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 eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a, b* e *c* do parágrafo anterior.

Na lição do mestre Yussef Said Cahali:

> [...] o arbitramento dos honorários segundo o critério da equidade não se desvincula da consideração do grau de zelo do profissional, da natureza e importância da causa, do trabalho realizado pelo advogado e do tempo despendido na sua prestação; assim o determina o parágrafo 4º do art. 20, na expressa remissão que faz aos fatores informativos indicados no parágrafo 3º, letras *a, b* e *c* (*Honorários advocatícios*, p. 495).

O c. STJ, tratando da matéria, já decidiu que:

> Processual civil. Recurso ordinário. Embargos à execução fiscal julgados procedentes. Fixação dos honorários advocatícios. Art. 20, §§ 3° e 4°, do CPC. 1. Restando vencida a Fazenda Pública em sede de embargos à execução fiscal, cabe ao Juízo de 1º grau, com esteio no art. 20, §§ 3° e 4°, do CPC, arbitrar honorários advocatícios em patamar capaz de remunerar condignamente o causídico. 2. Juízo *a quo* que fixou honorários em valor razoável, atentando-se para a duração do processo e tendo em vista o trabalho realizado pelo advogado. 3. Recurso ordinário não provido. (RO 58/BA, Relatora Ministra Eliana Calmon, publ. no *DJ* de 26.11.2007, p. 150).

> Processual civil e administrativo. Agravo interno. Recurso especial. Honorários advocatícios. Execução contra a Fazenda Pública. Fixação nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil. Valor fixado abaixo do mínimo legal. Possibilidade. Precedentes. 1. Consoante jurisprudência desta Corte, na ação condenatória contra a Fazenda Pública, cujo pedido tenha sido julgado procedente, os honorários advocatícios devem ser calculados nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, devendo ser observadas as regras previstas nas alíneas do parágrafo 3º do referido dispositivo, podendo, inclusive, ser fixado em percentual inferior ao estipulado neste parágrafo. Precedentes. 2. Agravo ao qual se nega provimento (AgRg no REsp 953252/RS, Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG), publ. no *DJ* de 12.11.2007, p. 292).

Todavia, o julgador está adstrito às alíneas, mas não ao *caput* do § 3º do art. 20 do CPC, que fixa o percentual mínimo e máximo para a verba honorária.

> Embargos de divergência. Honorários advocatícios. Aplicação do art. 20, § 4º, do CPC. Inexistência de vinculação aos percentuais estabelecidos no *caput* do § 3º. Majoração. Impossibilidade. Súmula 07/STJ. 1. Hipótese em que, configurada, à época, a divergência entre o acórdão embargado (que, em vista da fixação dos honorários de sucumbência, pelo Tribunal *a quo*, em percentual de 5% do valor da condenação, majorou-os para 10% sobre a mesma base, por entender aplicável o mínimo previsto no art. 20, § 3º, do CPC) e os acórdãos confrontados (que entendem pela possibilidade de fixação de honorários sucumbenciais em percentual inferior ao previsto no art. 20, § 3º, do CPC, quando vencida a Fazenda Pública, nos termos de seu § 4º) aplica-se o posicionamento pacificado na Primeira Seção, no sentido dos acórdãos paradigmas. 2. "Esta Primeira Seção firmou o entendimento de que a remissão contida no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, relativa aos parâmetros a serem considerados na apreciação eqüitativa do juiz, refere-se às alíneas do § 3º, e não ao seu *caput*. Assim, vencida a Fazenda Pública, a legislação não vincula o julgador a qualquer percentual ou valor certo. Além disso, ao arbitrar a verba honorária, ele pode utilizar-se de percentuais tanto sobre o valor da causa quanto sobre o valor da condenação, bem assim fixar tal verba em valor determinado (AgRg nos EREsp 673506/MG, Relatora Ministra Denise Arruda, *DJ* de 24.10.2005). 3. A Súmula 7 impede a revisão do valor fixado a título de honorários, quando estes não se apresentem excessivos ou irrisórios (AgRg na Pet 4.408/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, *DJ* de 12.06.2006). 4. Embargos de divergência providos (EAg 259138/DF, Ministro Herman Benjamin, publ. no *DJ* de 24.09.2007, p. 228).

No caso em exame, tenho que o valor fixado pelo Julgador monocrático corresponde à apreciação equitativa condizente com a atividade exercida pelo advogado, tendo em vista a pouca complexidade da causa e de dispêndio de tempo.

Conclusão.

Ante o exposto, em reexame necessário, confirmo *in totum* a sentença. Prejudicado o recurso voluntário.

Custas, pela autarquia apelante, isenta, contudo, por prerrogativa da Lei nº 14.939/02.

É como voto.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Consoante se verifica da inicial, a requerente é servidora pública do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, e, após o nascimento do filho em 13.03.2008, requereu sua inclusão no Programa de Assistência Materno-Infantil, criado pela Deliberação nº 05, de 18.05.89, cujos benefícios foram suspensos pela Deliberação nº 09, de 15.10.2003, ambas do Conselho Deliberativo do Ipsemg, conforme competência descrita no art. 2º, inciso II, alínea *a*, da Lei Estadual nº 13.414, de 23.12.99.

O i. Magistrado *a quo* acolheu a pretensão do autor de concessão da assistência, amparada, entre outros, na nulidade da segunda deliberação em decorrência da falta de motivação declinada pelo indigitado Conselho para suprimir direito assegurado no art. 31, § 6º, inciso II, da Cemg/1989.

Sobre a questão *sub judice*, embora já tenha acompanhado o entendimento acima nos Processos nºs 1.0024.06.992611-1/002 e 1.0024.07.385071-1/002 - julgados, respectivamente, em 28.02.2008 e em 11.07.2008 -, o exame mais aprofundado da matéria ensejou o meu reposicionamento no Reexame Necessário e Apelação Cível nº 1.0024.07.384442-5/002, cujo julgamento se encerrou em 18.12.2008.

Não há, pois, como se acolher a pretensão deduzida nestes autos.

De fato, o Ipsemg já havia interrompido genérica e administrativamente a concessão da Assistência Materno-Infantil um ano antes do nascimento do filho da autora, sem que se verificasse, no momento da edição da Deliberação nº 09/2003, qualquer direito em favor daquela servidora.

Os questionamentos alusivos à ausência de fundamentação, *data venia*, não reclamam acolhimento, pois o Conselho Deliberativo da entidade autárquica tomara decisão, no estrito exercício de sua competência normativa (Lei nº 13.414/1999, art. 2º, inciso II, alínea *a*), de suprimir prestação assistencial aos servidores que futuramente dela necessitassem, não tendo ferido, entretanto, o direito dos servidores em condições de recebê-la até 15.10.2003.

Nesse sentido, a deliberação em tela prescinde de fundamentação, seja em decorrência da notoriedade do desequilíbrio atuarial da autarquia (CPC, art. 334, inciso I), seja em razão de a assistência mantida por ela até a referida deliberação não encontrar supedâneo em lei específica.

Na verdade, o art. 208, inciso IV, da Constituição da República garante, como direito público subjetivo, "a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade" a todos brasileiros, atribuindo prioritariamente aos Municípios a prestação daquele serviço (CR, art. 211, § 2º).

Por sua vez, cuidou a Constituição do Estado de Minas Gerais de assegurar, aos servidores públicos estaduais, "a assistência gratuita, em creche e pré-escola, aos filhos e aos dependentes, desde o nascimento até seis anos de idade" (Cemg, art. 31, § 6º, inciso II), incumbindo o Estado de oferecer o serviço.

Não há, como dito, lei que obrigue a autarquia previdenciária a oferecer a pretendida assistência materno-infantil, nem mesmo em relação aos seus servidores, os quais têm o direito de exigir do Estado de Minas Gerais a prestação em tela, mas não do Ipsemg, à luz do princípio da legalidade.

Pelo exposto, em reexame necessário, reformo a sentença e julgo improcedente o pedido inicial, prejudicado o recurso voluntário. Ficam invertidos os ônus sucumbenciais, cuja exigibilidade fica suspensa, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Com o Relator.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDO O REVISOR.

...

Veículo financiado - Quitação - Alienação fiduciária - Baixa da restrição - Pedido formulado junto ao órgão de trânsito - Recusa - Liberação do gravame somente por meio eletrônico - Exigência do Detran - Descabimento - Mandado de segurança - Concessão da ordem

Ementa: Mandado de segurança. Veículo financiado. Quitação. Expedição do instrumento de liberação. Pedido de baixa da restrição oriunda da alienação fiduciária. Recusa pelo Detran. Liberação feita por meio eletrônico. Imposição indevida. Sentença confirmada em reexame necessário.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0024.09.692363-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda da Comarca de Belo Horizonte - Autor: Carlos José Santos Cunha - Réu: Estado de Minas Gerais - Autoridade coatora: Diretor do Detran de MG do Departamento de Trânsito 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 unanimidade de votos, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 29 de março de 2011. - *Roney Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RONEY OLIVEIRA - Trata-se de reexame necessário, submetido a este eg. Tribunal de Justiça pela Juíza de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, em razão da sentença (f. 37/43-TJ), proferida nos autos do mandado de segurança, impetrado por Carlos José Santos Cunha, em face do Diretor do Departamento de Trânsito de Minas Gerais - Detran -, que concedeu a segurança, determinando a baixa na restrição proveniente da alienação fiduciária, e a transferência do veículo para o terceiro autorizado.

Autos remetidos a este eg. Tribunal de Justiça, por força do reexame necessário.

Opina a d. Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 70/73-TJ, pela confirmação da sentença.

É o relatório.

Conheço do reexame necessário.

No ordenamento jurídico pátrio, o mandado de segurança é uma ação excepcional, de natureza constitucional, cabível tão somente para a tutela emergencial de direito líquido e certo, violado por ato abusivo de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Por direito líquido e certo deve ser entendido aquele que se origina de fatos incontroversos, demonstrados de plano, mediante prova documental pré-constituída.

No presente caso, foi devidamente demonstrado o direito líquido e certo do impetrante, tendo em vista que o art. 7º da Resolução nº 159/2004 do Contran tão somente faculta às empresas credoras de garantia real a liberação do gravame por procedimento eletrônico:

> Art. 7º As informações para as inserções e liberações de gravames poderão ser feitas eletronicamente, mediante sistemas ou meios eletrônicos compatíveis com os dos órgãos ou entidades executivos de trânsito, sob a integral expensas das empresas credoras de garantia real.

Conforme o documento de f. 14-TJ, o veículo do impetrante foi liberado da alienação fiduciária, constituída em razão do contrato de financiamento, com a autorização aos órgãos de trânsito para que procedessem à baixa do gravame, o que, todavia, inocorreu, tendo a autoridade impetrada alegado que a baixa somente poderia ser efetivada por meio eletrônico, pela administradora do consórcio.

In casu, não pode o impetrante ser obrigado a cumprir exigência prevista nas Portarias do Detran/MG nº 82.018/2002 e nº 88.020/2004, que dispõem sobre a baixa do gravame exclusivamente por meio eletrônico, porquanto isso representaria flagrante afronta ao art. 5º, inciso II, da Constituição da República de 1988, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei".

Decerto, tendo o impetrante demonstrado a quitação das obrigações concernentes ao contrato de alienação fiduciária, razão não há para que o Detran/MG se recuse a proceder à baixa do gravame do veículo.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça (TJMG):

> Mandado de segurança - Veículo gravado por alienação fiduciária - Liberação - Resolução nº 159/04 - Faculdade. - A Resolução nº 159/04 apenas faculta ao credor fiduciário a utilização de meio eletrônico, se compatível com os sistemas dos órgãos ou entidades de trânsito do Estado, para a retirada do gravame. Não traz, no entanto, qualquer proibição de uso de outros meios (MS nº 1.0024.06.050640-9/001(1), Rel. Des. Edilson Fernandes, *DJ* de 12.12.2006, data de publicação: 19.01.2007).

> Administrativo. Detran. Liberação de gravame. Veículo objeto de alienação fiduciária. Resolução nº 159/04. Meio eletrônico. Faculdade. Comunicação anterior à existência da norma. Honorários sucumbenciais. Fixação. I - A Resolução nº 159/04 do Contran faculta ao credor fiduciário a utilização de meio eletrônico, para proceder à baixa de gravames em registros de veículos, sem limitar uso de outros meios. Ainda que assim não fosse, comprovado que a comunicação ao Detran, ocorreu em ato anterior à edição da Res. 159/2004, não poderia a norma retroagir para alcançar-lhe e produzir efeitos. II - Na fixação dos honorários advocatícios por equidade, o julgador deve ter como referencial as alíneas do parágrafo 3º do artigo 20 do CPC, para bem remunerar a nobre e elevada atividade exercida pelo advogado (MS nº 1.0024.05.779570-0/001(1), Rel. Des. Fernando Botelho, DP 24.09.2009, DP 12.11.2009).

Em assim sendo, a sentença primeva não merece reparos, devendo ser confirmada a segurança concedida, para que seja determinada a baixa na restrição oriunda da alienação fiduciária, com a transferência do veículo para a propriedade do terceiro adquirente.

Pelo exposto, confirmo a sentença, em reexame necessário.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BRANDÃO TEIXEIRA e CAETANO LEVI LOPES.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

...

Indenização - Erro médico - Negligência - Imperícia - Recém-nascida - Quadro de risco - Não encaminhamento da criança ao especialista competente - Culpa delineada - Hospital - Fornecimento de serviços - Fatos ocorridos em suas dependências - Ato de médicos sócios-quotistas - Responsabilidade objetiva - Exames imprescindíveis - Não realização - Diagnóstico precoce - Não ocorrência - Agravamento do quadro - Tratamento agressivo e prolongado - Ausência de prova de que a doença incidiu muito posteriormente ao parto - Dano moral - Dano material - Ocorrência - Lucros cessantes - Acompanhamento do tratamento pela mãe - Óbice ao exercício de sua profissão - Confirmação da perícia - Cabimento

Ementa: Apelação cível. Indenização. Erro médico. Negligência e imperícia. Recém-nascida. Quadro de risco. Não envio da infante ao especialista competente. Culpa delineada. Hospital. Fornecimento de serviços. Fatos ocorridos em suas dependências. Situação em que se delineou seu perfil de fornecedor de serviços. Culpa decorrente de ato de médicos sócios-quotistas. Responsabilidade objetiva do mesmo hospital. Incidência. Exames imprescindíveis. Não realização. Diagnóstico precoce. Inocorrência. Agravamento do quadro. Tratamento agressivo e prolongado. Ausência de prova de que a doença incidiu muito posteriormente ao parto. Danos materiais e morais. Ocorrência. Lucros cessantes. Acompanhamento do tratamento pela mãe. Óbice do exercício da sua profissão. Confirmação da perícia. Cabimento.

- Delineada a hipótese em que a criança recém-nascida apresentava efetivamente fatores de risco para a displasia do desenvolvimento do quadril, impunha-se ao médico pediatra, que acompanhou o parto, além do dever de realizar exames de ultrassonografia, o imediato encaminhamento dela ao ortopedista pediatra, para que esse último, no exercício da competência de sua especialidade, pudesse efetivar os necessários exames impostos pela existência evidente dos ditos fatores de risco.

- Em medicina, a obrigação é de meio, de utilização de todos os meios adequados e necessários em prol do paciente. No caso, o contexto, em seu aspecto concreto, de percepção imediata, em que os fatores de risco se fizeram evidentes, a prudente utilização do meio de verificação da existência, ou não, da moléstia, por via da ultrassonografia, se impunha. A hipótese de a ultrassonografia poder apresentar quadro de falso-positivo ou falso-negativo não erradicava tal dever, porque tal hipótese não eliminava a possibilidade de eventual sucesso na identificação da doença, ou seja: a ultrassonografia não implicava somente possibilidade de resultados falso-positivos ou falso-negativos, mas poderia implicar, também, resultado concretamente eficaz.

- Mais, o não encaminhamento da criança ao especialista em ortopedia pediátrica implicou a retirada da possibilidade da neonata de ter sido atendida por quem de direito, técnica e cientificamente habilitado, e isso delineou, por parte do médico-pediatra, violação dos deveres de competência e de prudência, de molde a caracterizar a culpa.

- Esse mesmo dever se estendeu ao médico que subsequentemente passou a cuidar da criança, como seu pediatra, porque lhe cumpria indagar do histórico do nascimento e, de ciência dele, impunha-se-lhe, igualmente, requestar a ultrassonografia e, sobretudo, o envio da infante ao ortopedista pediatra.

- Anotações superficiais, com uso de notações léxicas, evidenciando prática de natureza criptográfica, na "Folha de Berçário" da neonata, assinalando que as suas extremidades, tronco e coluna seriam bons, por si só não permitem a ilação de que os exames de Barlow, Ortolani e Pistonagem teriam sido realizados, porque a indicação de realização de um exame deve ser expressa de modo claro, analítico e com manifesta referência nominativa, senão, obviamente, estar-se-ia proporcionando um verdadeiro *bill* de indenidade ao médico a quem cumpre a sua realização, sendo de notar que, no caso, a enfermeira foi quem preencheu a Folha de Berçário, conforme por ela dito em seu depoimento, o que dá mais vulto à culpabilidade do médico.

- O fato de se ter subtraído da infante o direito aos imediatos exames de ultrassonografia e manobras de Barlow, Ortolani e Pistonagem, logo após seu nascimento e nos meses imediatamente subsequentes, diante do visível contexto em que os fatores de risco da doença se avultavam, implicou uma situação culposa, cuja

erradicação se poderia dar com o diagnóstico precoce e subsequente terapêutica mais eficaz.

- À mingua de provas cabais, de que o desenvolvimento da doença foi tardio, a conclusão irrecusável é a de que, diante da evidência dos fatores de risco, a não realização dos necessários exames, a tempo e modo, configurou a culpa dos médicos réus.

- Presente, pois, o nexo de causalidade entre o diagnóstico tardio da doença da menor e o considerável agravamento de seu quadro clínico, por não terem sido realizados os referidos exames logo após seu nascimento, impõe-se a condenação dos réus, incluída a Casa de Saúde, em indenização por danos morais, estéticos e materiais, na proporção da prova colhida.

- Se na hipótese de culpa de médico preposto sobrevém simultaneamente a responsabilidade objetiva do hospital, em cujas dependências o ato culposo tenha ocorrido, *a fortiori*, quando ocorre a hipótese de o ato culposo ter sido cometido pelos médicos nas dependências do nosocômio de que eles são sócios-quotistas, a responsabilidade objetiva do mesmo estabelecimento se perfaz, sobretudo quando, como no caso presente, a Casa de Saúde comprovadamente se inseriu na situação como elo da cadeia de fornecimento de serviços.

- São cabíveis, ainda, os lucros cessantes reclamados pela mãe da infante, que, tal como confirmou a perícia, viu-se impedida de exercer sua profissão de psicóloga para acompanhar o tratamento da filha.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0480.05.077708-9/003 - Comarca de Patos de Minas - Apelantes: 1ºª) V.C.P.C., por si e representando sua filha, B.C.P.C.; S.C.C., por si e representando sua filha, B.C.P.C. - 2ª) Casa de Saúde Imaculada Conceição Ltda. - Apelados: S.C.C., por si e representando sua filha, B.C.P.C.; V.C.P.C., por si e representando sua filha, B.C.P.C., Casa de Saúde Imaculada Conceição Ltda., Rildo Eustáquio da Costa, Antônio Carlos Silva Rezende - 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 Pedro Bernardes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR DE SUSPEIÇÃO, LEVANTADA EM CONTRARRAZÕES. NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. REJEITAR A PRELIMINAR DE EXCLUSÃO DO APELADO RILDO EUSTÁQUIO DA COSTA. NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E JULGAR PREJUDICADA A SEGUNDA.

Belo Horizonte, 3 de março de 2011. - *Luciano Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

Sessão do dia 24.02.2011.

Produziram sustentação oral, pelos primeiros apelantes, o Dr. Alexandre Figueiredo de A. Urbano; pela segunda apelante, o Dr. Bernardo Câmara; pelo apelado Rildo Eustáquio da Costa, o Dr. Flávio Freire e pelo apelado Antônio Carlos Silva Rezende, o Dr. Francisco Gaudereto.

DES. LUCIANO PINTO - Sr. Presidente, primeiramente, assinalo que recebi memorial que me foi encaminhado pelo Dr. Francisco Gaudereto e lhe dei a devida atenção. A cópia que ele remeteu, também, de processo outro, versando a hipótese de certa maneira que se assemelha, dei-lhe atenção também.

Então, esse memorial e esses documentos, estou determinando suas juntadas por linha.

Registro também que, podemos todos constatar, se tratou de um processo que exigiu dos eminentes advogados muito talento, muita pugnacidade; eles se houveram com tudo quanto se pode requestar de um bom profissional de Direito, coroado, aqui hoje, sob nosso testemunho, com uma extraordinária demonstração de civilidade entre eles e, sobretudo, elegância.

Isso é muito bom e é importante que seja destacado para que se torne o que já vem desenhando nos processos que aqui aportam: torne-se uma rotina.

B.C.P.C., menor impúbere, e seus pais, S.C.C. e V.C.P.C., ambos por si e por sua referida filha, ajuizaram ação de indenização por danos morais, materiais e lucros cessantes (esses últimos da autora V.C.P.C.) contra a Casa de Saúde Imaculada Conceição Ltda. e os médicos Rildo Eustáquio da Costa e Antônio Carlos Silva Rezende.

Narraram que, no dia 1º.06.2002, V.C.P.C. deu à luz B.C.P.C. na Casa de Saúde Imaculada Conceição Ltda., primeira ré, tendo sido atendida, no parto, pela equipe do próprio hospital, da qual fazia parte o segundo réu, pediatra, Rildo Eustáquio da Costa.

Disseram que, pelo tratamento pré-natal, a cargo do mencionado pediatra, no próprio hospital, se constatou que a criança, fruto da primeira gestação da terceira autora, era do sexo feminino com apresentação pélvica, circunstâncias que, segundo ressaltaram, constituíam, dentre outras, as principais causas da ocorrência da patologia denominada luxação congênita ou do desenvolvimento do quadril, conforme veio a afirmar o laudo pericial elaborado por perito que contrataram.

Contudo, acrescentaram que o pediatra, segundo réu, debalde o quadro de risco da infante, não teria agido com a utilização de meios adequados, nem adotado as recomendações médicas para o diagnóstico da LCQ, o que seria, a seu aviso, um procedimento de rotina para tal situação.

Afirmaram que, já na sala de parto, o pediatra teria sido questionado por eles (pais da criança) acerca da estranha posição das pernas da recém-nascida, o que foi explicado, por ele, como sendo a posição em que a criança se encontrava no útero, antes do parto, e que as pernas voltariam à posição normal.

Disseram que o parto teria sido filmado e que o DVD com tal filmagem (juntado aos autos) comprovava a sua narrativa.

Salientaram que o pediatra, embora fosse sua obrigação realizar os exames de rotina na criança, que se impunham para a detecção de doenças e possíveis tratamentos, notadamente no caso de haver fatores de riscos, como o de sua filha, deixara de proceder aos exames para a detecção da doença displásica do quadril, tendo havido alta médica tanto da mãe quanto da criança, sem qualquer cautela.

Adiante, acrescentaram que as consultas pediátricas subsequentes ao parto passaram a ocorrer a partir do 13º dia do nascimento, com o pediatra Antônio Carlos Silva Rezende, terceiro réu - sócio-quotista do mesmo hospital, em cujas dependências ele atendia -, que acompanhou a infante até quando ela completou um ano e oito meses de idade, e que também ele teria sido imperito e negligente por não constatar o problema apresentado pela infante, desde o primeiro dia de vida.

Acrescentaram que o fato de a criança não ter engatinhado e somente ter andado com um ano e três meses de idade não lhes despertou estranheza por se tratar de primeiro filho, tendo eles confiado na capacidade profissional dos pediatras que a atenderam, segundo e terceiro réus, que nada haviam detectado de anormal.

Mais, disseram que o efetivo diagnóstico de LCQ (diga-se: hoje denominada pela sigla DDQ) somente ocorreu em 02.03.2004 no Hospital Ortopédico em Belo Horizonte, quando a criança, com um ano e oito meses de vida, já apresentava caminhada instável e com substancial diferença entre os membros inferiores.

A partir daí, narraram o longo tratamento pelo qual a criança passou, com intervenções cirúrgicas e imobilizações dos membros inferiores, além do uso de aparelho ortopédico, tratamento esse que ainda perdura, com intervenções e sessões de fisioterapia sem previsão de alta.

Discorreram sobre a necessidade e eficácia do diagnóstico precoce da doença, para o melhor prognóstico do tratamento, prejudicado, a seu aviso, por culpa dos réus, haja vista sua imperícia e negligência ao deixar de realizar os necessários exames pós-natal na criança.

Acrescentaram que, em razão dessa primeva omissão, o tratamento vem se dando de forma muito mais dolorosa, demorada e pouco eficaz, sobrevindo, inclusive, sequelas físicas definitivas na menor.

Assim, partindo do entendimento de ter havido erro médico dos segundo e terceiro réus, com a responsabilidade objetiva da primeira ré, em razão de ambos os réus pertencerem a seu quadro clínico, na condição mesmo de sócios-quotistas -, discorreram sobre a responsabilidade civil e a obrigação de todos, solidariamente, no pagamento das indenizações correspondentes.

Transcreveram normas, doutrina e jurisprudência sobre o tema, salientando estarem presentes os pressupostos para a condenação dos médicos réus, relativos à culpa, ao dano e ao nexo de causalidade, bem como assinalaram a responsabilidade objetiva da ré pessoa jurídica, o dito hospital.

Sobre os danos sofridos, os autores, pais da criança, pediram a condenação solidária dos réus ao ressarcimento das despesas que tiveram em decorrência dos fatos narrados, até então no valor de R$ 66.375,00, e o pagamento dos lucros cessantes da terceira autora, mãe da menor, no importe de R$ 57.536,33 (tais lucros cessantes para os anos de 2004 e 2005), tudo a título de danos materiais.

Também, a título de danos materiais, requereram o pagamento de todas as futuras despesas com o tratamento e acompanhamento da criança, que se mostrarem necessários até seu restabelecimento.

Requereram, ainda, indenização pelos danos morais sofridos com o traumático tratamento a que foi obrigada a se submeter a menor e o futuro dela com seus reflexos na ordem subjetiva deles, no valor equivalente a 500 salários-mínimos para cada autor, e, ainda, para a infante, pagamento de indenização por dano estético (f. 38), traduzido no dote (f. 64).

Pediram antecipação de tutela para que os réus cobrissem todas as despesas necessárias ao tratamento da criança, enquanto ele perdurar.

Em suma, é a inicial.

Juntaram documentos.

A tutela antecipada foi deferida em sede de julgamento de agravo de instrumento manejado pelos autores e provido por esta 17ª Câmara Cível.

A primeira ré, Casa de Saúde Imaculada Conceição Ltda., contestou às f. 624/648, levantando preliminares de ilegitimidade ativa e passiva.

Disse que os pais da menor ajuizaram a presente ação também por si próprios, embora não tivessem sido atendidos - eles, especificamente -, nem na instituição ré nem pelos médicos réus, de modo que não poderiam pleitear direitos alheios, adstritos à menor. Daí arguiu a ilegitimidade ativa deles.

Mais, assinalou que ela, ré, não mantinha com os médicos (segundo e terceiro réus) qualquer vínculo nem

havia subordinação deles ao hospital, de modo que se impunha, no caso, sua (do hospital) exclusão da lide, por ilegitimidade passiva.

No mérito, discorreu sobre os fatos narrados, fazendo longa digressão sobre a doença denominada displasia do quadril, inclusive sobre sua nomenclatura médica.

Adiante, verberou o laudo médico juntado pelos autores, assinalando-o unilateral e encomendado.

Disse que a criança teria sido atendida, após o parto, pelo pediatra segundo réu, tendo recebido boletim de APGAR de 1 minuto = 9 e 5 minutos = 10, acrescentando que o pediatra teria realizado as manobras de Barlow e Ortolani nos dias 1º, 2 e 3 de junho, isto é, período em que a criança permaneceu no hospital, não tendo observado qualquer alteração sugestiva do quadro de DDQ - doença displásica do quadril.

Ressaltou (f. 632) que o exame ultrassonográfico não é recomendado como rotina, pelos órgãos competentes, a não ser em casos excepcionais, opostos ao caso em tela.

Narrou, ainda, que o terceiro réu passou a atender a menor a partir do dia 14 de junho de 2002, quando foram realizadas, novamente, as referidas manobras de Barlow e Ortolani, juntamente com outros exames.

Disse não terem os médicos detectado qualquer indício de anomalia nem sinais clínicos que indicassem instabilidade ou luxação do quadril ou assimetria dos membros inferiores ou limitação dos seus movimentos, de modo que a doença somente se manifestou no decorrer do crescimento da criança, após um ano de idade.

Assinalou não ter o pediatra (terceiro réu), que acompanhou a menor até 13 de janeiro de 2004, percebido qualquer indício ou sinais evidentes da moléstia.

Assim, disse que não havia, de fato, qualquer motivo para que fossem aprofundados os exames na menor, haja vista que, após adotados os procedimentos necessários e exigidos dentro dos padrões da medicina, nada foi constatado quanto à existência de luxação ou deformidade congênita por ocasião do nascimento da criança.

Adiante, passou a discorrer sobre o laudo pericial juntado com a inicial, primeiro por considerá-lo prova encomendada e, segundo, por entender que ele apresentava inúmeros "pontos frágeis".

Transcreveu trechos do referido laudo, contrapondo-os em relação ao parecer técnico que também juntou, de modo que, no seu entender, não havia prova da culpa dos médicos pelo quadro clínico da criança.

Manifestou-se sobre a culpa (f. 639) e disse que, mesmo se os médicos tivessem nela incorrido, não sendo eles nem seus empregados, nem seus prepostos, o eventual dever de indenizar não a atingiria.

Passo seguinte, discorreu sobre os alegados danos morais, estéticos e materiais, entendendo-os indevidos por ausência de prova.

Verberou a postulação de constituição de capital, haja vista a idoneidade dos réus e sua solvência manifesta.

Ao final, pediu sua exclusão da lide ou a improcedência da ação.

Em síntese, é a contestação da primeira ré.

Juntou documentos.

Os réus Rildo Eustáquio da Costa e Antônio Carlos Silva, de sua vez, apresentaram contestação às f. 666/686.

Narraram o ocorrido, assinalando que fatores como ser a criança do sexo feminino, fruto de uma primeira gestação e com apresentação pélvica seriam apenas alguns dos indicativos de risco de ocorrência da displasia de desenvolvimento de quadril, acrescentando que tais fatores, por si, não atestavam a existência da luxação, que somente seria perceptível no exame físico realizado rotineiramente pelos pediatras, acrescentando que tal exame fora efetivamente realizado na menor.

Afirmaram que a criança teria sido submetida às manobras de Ortolani, Barlow e Pistonagem, que são realizadas em todos os recém-nascidos por todos os pediatras do mundo (f. 671), não sobrevindo, contudo, qualquer indicativo da existência de luxação ou LQC.

Disseram, ainda, que o diagnóstico não poderia ter se consumado nem no primeiro dia de vida da criança nem nos meses subsequentes, sendo que a displasia de desenvolvimento de quadril se apresenta como moléstia de difícil constatação, que na maioria dos casos só é diagnosticada tempos após o nascimento, como no caso dos autos.

Observaram que o estudo ultrassonográfico não é recomendado como rotina pela Sociedade Brasileira de Pediatria, nem pela Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia, que só indicam sua realização em casos excepcionais, opostos ao caso em tela (f. 669).

Assim, negaram qualquer culpa por negligência ou imperícia, ressaltando que, durante o desempenho de seus trabalhos, a menor não apresentou qualquer tipo de problema, tendo as suspeitas, relativas à doença, partido dos próprios pais.

Adiante, verberaram o parecer técnico juntado com a inicial, apontando - de seu aviso - fragilidades em seu contexto.

Passo seguinte, discorreram sobre a literatura médica que cuida da luxação e da displasia, traçando comparações entre seus sinais.

Mais, disseram que não poderiam ser responsabilizados por qualquer alegado dano sofrido pela criança nem pelo surgimento da doença, assim como por eventuais despesas que seus pais tiveram com seu tratamento médico, haja vista que todo o procedimento adotado,

tanto no parto como após ele, deu-se dentro da mais absoluta correção.

Acrescentaram não haver nexo de causalidade entre o tratamento médico a que foi e está sendo submetida a menor e qualquer ato praticado por eles, porque teriam adotado os exames cabíveis quando do atendimento a ela, tanto no parto quanto no seu acompanhamento periódico.

Por fim, irresignaram-se contra os pedidos formulados pelos autores, entendendo-os indevidos por falta dos elementos intrínsecos da responsabilidade civil.

Pediram a improcedência da ação.

Juntaram documentos.

O feito teve curso normal, tendo os réus realizado depósitos judiciais ao longo do processo, relativos às despesas que deveriam cobrir por força da tutela antecipada deferida.

Realizou-se perícia médica por perito do juízo, estando o laudo às f. 1.325/1.365.

O parecer do assistente técnico dos autores foi juntado às f. 1.408/1.448, e o parecer do assistente técnico dos segundo e terceiro réus foi juntado às f. 1.451/1.464.

As partes tiveram vista do laudo oficial, daí sobrevindo pedidos de esclarecimentos, que possibilitaram sua complementação às f. 1.612/1.632.

À f. 1.946, houve decisão interlocutória no sentido de que havia um parecer técnico, juntado pelo réu Rildo Eustáquio da Costa, de modo extemporâneo e, assim, tal juntada foi indeferida e determinou-se seu desentranhamento, o que teria ocorrido, como se vê na certidão de f. 1.948.

Realizou-se audiência de instrução e julgamento às f. 1.922/1.929, na qual foram ouvidas duas testemunhas dos autores, uma testemunha da primeira ré e três testemunhas dos segundo e terceiro réus.

Quanto à determinação de desentranhamento do complemento de parecer técnico do assistente perito dos réus médicos, sobreveio o agravo retido de f. 1.949/1.952, em que os agravantes disseram, à f. 1.952, que se tratava de uma complementação de parecer e que versava sobre o prontuário do berçário, documento que reputaram de suma importância, e que não fora anexado aos autos por ocasião da perícia (tal é o argumento do agravo a f. 1.950).

Juntaram-se inúmeros documentos ao longo da instrução processual, sobrevindo parecer do Ministério Público às f. 2.232/2.245, no sentido de ser julgado parcialmente procedente o pedido, descabendo apenas a condenação relativa a lucros cessantes porque, a seu aviso, não teria havido prova deles.

Foi proferida sentença às f. 2.246/2.255, que julgou improcedentes os pedidos, ao fundamento de terem os médicos adotado as medidas que lhes cumpriam, não se apresentando, no caso, qualquer omissão que pudesse ser considerada culposa.

Com a sentença, a tutela antecipada foi revogada e os autores foram condenados a devolver todos os valores recebidos ao longo do processo, com juros e correção monetária, além do pagamento de custas e honorários advocatícios no valor de R$ 5.000,00 para a primeira ré e outros R$ 5.000,00 para os segundos réus.

Daí a apelação dos autores, de f. 2.256/2.304, em que assinalaram ser necessária a reforma da sentença, que, a seu aviso, decidira o feito contrariamente às provas produzidas.

Pediram, preliminarmente, a distribuição por dependência à minha relatoria, haja vista haver prevenção em razão do julgamento de dois agravos de instrumento originários desta demanda.

Adiante, discorreram sobre as provas produzidas, salientando, primeiro, que os fatores de risco apresentados pela menor indicavam o necessário exame logo após o parto, para o diagnóstico preciso e imediato da doença.

Disseram que a documentação juntada nos autos, relativa a pareceres de especialistas, confirmava as alegações da inicial, notadamente no que toca à necessidade de realização das manobras (*rectius*: exames) ligadas à detecção da doença tão logo se dera o nascimento.

Discorreram sobre o laudo oficial, salientando que ele confirmara a prévia doença da autora, e, de outro lado, relataram a ausência de prova de terem os réus realizado as ditas manobras que disseram ter feito após o nascimento da criança.

Apontaram, ainda, a preexistência dos fatores de risco.

Ressaltaram que a prova oral também trazia grandes esclarecimentos ao caso, embora a sentença não tivesse atentado para ela.

Repetiram teses da inicial, batendo-se pela prevalência delas.

Requereram o provimento do recurso e a procedência total de seus pedidos.

A seu turno, a ré Casa de Saúde Imaculada Conceição Ltda., apresentou apelação às f. 2.309/2.315, pretendendo a majoração dos honorários fixados pela sentença, entendendo que eles não seriam condizentes com a causa.

As partes apresentaram contrarrazões, batendo-se cada qual pelas teses já expostas, contudo o segundo e o terceiro réus requereram, também, às f. 2.329/2.382, a apreciação de seu agravo retido, manejado às f. 1.949/1.952, contra a decisão que indeferiu a complementação do laudo de seu assistente técnico, haja vista a juntada de documentos novos, a saber: prontuários do berçário (f. 1.879/1.884), sendo que o tema de tal complementação versava sobre o conteúdo de tais documentos.

A d. Procuradoria de Justiça apresentou parecer opinando pelo provimento parcial da primeira apelação.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Preliminar de contrarrazões.

Em suas contrarrazões de f. 2.384/2.410, a apelada Casa de Saúde Imaculada Conceição Ltda. levantou, à f. 2.388, uma preliminar, na qual discorreu sobre a impossibilidade de acatamento de uma outra preliminar, essa última que teria sido manejada pelos apelantes, f. 2.257/2.258 (quando da interposição da apelação, no sentido de que a apelação fosse a mim distribuída, por força do art. 48 do Regimento Interno deste Tribunal).

De ressaltar que, normalmente, quando há agravo retido - o que ocorre no sítio deste recurso de apelação - o agravo é prioritariamente examinado, entretanto, existe a referida preliminar de contrarrazões, que versou sobre a suspeição deste Relator, de modo que seu exame deve preceder ao julgamento do agravo retido.

Passo, pois, ao seu exame.

Em tal preliminar, a apelada Casa de Saúde Imaculada Conceição Ltda. verbera a pretensão dos apelantes no sentido de que a apelação a mim fosse distribuída.

É que, ao aviso da dita apelada, este Relator, ao apreciar (assinale-se: em 2008), o Agravo de Instrumento nº 1.0480.05.077708-9/002, realizara prejulgamento da demanda, quando deferira a tutela antecipada.

Arrimou-se a apelada em tópico da decisão do referido agravo de instrumento, por mim relatado, tópico esse por ela transcrito à f. 2.389. Com fundamento no juízo exposto em tal tópico, entendeu que este Relator é suspeito para julgar a apelação.

Transcreveu arestos que reputou em prol de seu argumento e disse que, para preservar a dignidade da Justiça, a apelação deveria ser distribuída a outra Câmara deste Tribunal.

Tal é o sucinto relato da dita preliminar de contrarrazões, que trouxe consigo uma pretensa exceção de suspeição, manejada, diga-se, em detrimento da forma legal de sua interposição, haja vista que o sítio próprio para tanto é, como o nome o indica, o de manejo da exceção.

De resto, note-se, desde já, que a exceção foi manejada e decidida em desfavor da excipiente, pelo Desembargador Presidente desta 17ª Câmara Cível, na forma do Regimento Interno deste Tribunal.

É, pois, inusitado o propósito de se levantar exceção de suspeição em preliminar de contrarrazões.

Impõe-se salientar que, com a decisão já proferida no sítio próprio da exceção de suspeição, a preliminar levantada pela Casa de Saúde Imaculada Conceição Ltda., versando o mesmo tema da suspeição, e da qual, nesse passo, aqui se cuida, queda completamente prejudicada.

Contudo, com o só propósito de se atribuir clareza ao tema, debalde a prejudicialidade que afeta a dita preliminar, hei por bem discorrer sobre o sentido do texto do acórdão proferido no agravo de instrumento, no qual a recorrida Casa de Saúde Imaculada Conceição Ltda. teria vislumbrado motivo de minha suspeição.

O acórdão de tal agravo, referido na dita preliminar, que teria provocado minha suspeição, está, por cópia, às f. 2.411/2.418.

O tópico transcrito pela *soi-disant* excipiente está à f. 2.389.

Tanto no acórdão do agravo de instrumento (f. 2.411/2.418) quanto no trecho transcrito (f. 2.389), a excipiente destacou trecho de onde teria inferido sua asserção, de que houvera prejulgamento.

O equívoco é evidente.

No próprio trecho transcrito, vê-se que este Relator se referiu à verossimilhança da alegação, a saber: "[...] infere-se de tal contexto a verossimilhança da alegação de que houve negligência, imperícia [...]".

Além disso, a antecipação de tutela, que fora deferida no acórdão do agravo, tem de ser vista na relação temporal de aplicação do instituto, ou seja, a medida antecipatória ocorre em estreita correlação com o tempo do curso do processo, porque é nele incidente, e requesta, ao influxo da lei, o exame das provas até então apresentadas ou produzidas, que se perfaçam como inequívocas.

Por óbvio, qualquer exame de antecipação de tutela implica uma cognição sumária das provas dos autos, mesmo porque, por força de lei, só há antecipação de tutela diante de prova inequívoca de verossimilhança da alegação, conforme dicção do art. 273 do CPC.

O fato é que a excipiente não se atentou para a expressão "verossimilhança da alegação", no próprio trecho transcrito por ela, à f. 2.389.

Da mesma forma, a excipiente passou ao largo da expressão *si et in quantum*, encontrável nesse trecho da decisão: "[...] só se pode tirar uma única inferência, qual seja a da culpa - *si et in quantum* - dos agravados, por isso que, no caso, a prova inequívoca se apresentou *tout court*".

A expressão, *si et in quantum*, proveniente da língua latina, é encontrável nos vocabulários jurídicos que mereçam tal nome e é de uso corrente no foro.

Mesmo se não fosse, é tão fácil o seu entendimento que, não se sabe como, a excipiente, ao que parece, passou ao largo de sua expressão semântica.

A conjunção condicional *si*, por óbvio, inicia sentenças condicionais, tal como em sintaxe de língua portuguesa, e a expressão *in quantum*, dentro da riqueza polissêmica do latim, significa, entre outras coisas, conforme a medida, vale dizer: conforme ao até então produzido e apresentado como prova.

Félix Gaffiot, no seu clássico *Dictionnaire illustré latin/français*, Librairie Hachette, Paris, 1934, p. 1.293, ao discorrer sobre a expressão *in quantum,* esclarece sua significação como à medida que ou desde que, *verbis*: "*in quantum: dans la mesure où, autant que*" (*op. cit.*, p. 1.293).

Em relação à conjunção condicional latina *si*, o seu sentido é o de expressar uma situação dentro de certas condições.

Tal é o que se pode encontrar, por exemplo, na *Grammaire du latin*, *par* Jean Collart, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1969, p. 120, *verbis*: "*La conjonction fondamentale est si [...]. Le sens est dans ces conditions*".

A expressão *si et in quantum* também pode ser escrita trocando-se a conjunção condicional latina *si* pelo advérbio *sic*.

Jean Collart (*op. cit.*, p. 120) assinalava que o *sic* não seria outra coisa que não uma forma reforçada do *si*, na língua latina, *verbis*: "*Sic n´est autre que la forme renforcée de soi*".

É por isso que o professor Julio Nogueira, da Academia Brasileira de Filologia, no seu famoso *A linguagem usual e a composição,* 12. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, s/d, p. 395, referiu-se à expressão usando o advérbio *sic* e assinalou que *sic et in quantum* estaria a significar "Assim e enquanto. Proporcionalmente".

No mesmo sentido, é a explicação de Gabriel Valle no seu *Dicionário de expressões jurídicas latim-português*, Campinas-SP: Editora Komedi, 1997, p. 341, a saber:

> *Si et in quantum*.
> Condição de alguma situação ou prova aceita provisoriamente, até outro motivo ou prova em contrário.

Com isso, o significado semântico da expressão *si et in quantum* denotou, no caso, que o exame se dera dentro da medida das provas até então produzidas e, no subsequente curso da demanda, submeter-se-ia ao confronto com o então superveniente material probatório, no interregno temporal propício ao proferimento da sentença, para uma definição final, no julgamento, não do agravo, mas da própria demanda, isto é, com exame de todo o contexto que ainda se produziria, haja vista a conjunção condicional latina *si,* que estava a reger os conceitos até então expressos, por este Relator.

Em textos jurídicos, a expressão *si et in quantum* indica não haver, ainda, nenhum juízo definitivo, senão aquele emitido na extensão da medida das provas até então produzidas. Juízo definitivo em processo judicial se dá em sentenças e em acórdãos derivados de apelações.

Na antecipação da tutela, existe um juízo declaratório, fundado em cognição sumária, limitado aos requisitos necessários a tal antecipação, como assinala José Roberto dos Santos Bedaque no seu livro *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência, 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 359.

Feitas tais explicações, em tributo à clareza, é de ver que sobre ter restado prejudicado o argumento posto em preliminar de contrarrazões, pela decisão proferida na exceção manejada, mesmo se assim não fora, o vislumbre de suspeição que acometeu a apelada, não vai além de um rematado equívoco semântico.

Por isso, não acolho a preliminar de suspeição, que reputo prejudicada.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Acompanho o Relator.

DES. PEDRO BERNARDES - Também acompanho o em. Relator no que concerne à preliminar de suspeição.

Aliás, como é sabido, essa não é a forma adequada para alegação da referida matéria. Além disso, como bem expôs o em. Relator, tal questão já foi submetida a julgamento na forma própria.

Acompanho o em. Relator.

DES. LUCIANO PINTO - Agravo retido (f. 1.949/1.952).

Os apelados Rildo Eustáquio da Costa e Antônio Carlos Silva Rezende requereram, em contrarrazões, a apreciação do agravo retido que manejaram às f. 1.949/1.952.

Assim, passo ao seu exame.

Presentes os pressupostos legais, conheço do recurso, contudo, não dou razão aos agravantes.

A decisão agravada se deu no sentido de indeferir a juntada de parecer complementar do assistente técnico dos réus Rildo Eustáquio da Costa e Antônio Carlos Silva Rezende, determinando o seu desentranhamento dos autos, por entendê-lo extemporâneo (f. 1.946).

Os agravantes, contudo, entendem que deva ser mantido tal parecer técnico complementar, em razão da juntada, aos autos, de documento novo, ao qual nem seu assistente técnico nem o perito oficial tiveram acesso no momento da elaboração dos respectivos laudos, documento esse consistente no prontuário do berçário de f. 1.880.

Disseram que a prova pericial produzida se viu prejudicada porque tal documento não havia sido apresentado nos autos, de modo que a instrução deveria prosseguir para que fosse possível a complementação da perícia com base nele.

Insistem na relevância de referido documento para o julgamento do feito, assinalando que o próprio perito oficial fez menção à sua ausência, no laudo oficial.

Assim, pediram a reforma da decisão agravada para que a prova pericial fosse complementada com base na referida documentação (f. 1.880).

De início, cumpre assinalar que o referido documento novo juntado pelos ora agravantes nada tem de novo no contexto dos fatos.

Isso porque se trata do prontuário do berçário do hospital réu, referente aos dados da primeira autora logo após seu nascimento.

Obviamente que os ora agravantes tinham inteira ciência de sua existência, não só por se tratar de documento cuja elaboração é obrigatória em qualquer hospital onde se realizem partos, mas também porque nele se lê a assinatura do agravante Rildo Eustáquio da Costa (*vide* f. 1.880).

Ora, se o próprio agravante Rildo Eustáquio da Costa assinou o documento no dia do nascimento da criança, sua pretensão no sentido de que o processo retorne à fase de realização de prova pericial, abrindo-se nova oportunidade às partes para que elas elaborem quesitos para serem respondidos, tanto por seus correlativos assistentes técnicos, quanto pelo perito oficial do juízo, com base no aludido documento, é totalmente descabida, já que, como se viu, não há falar que o prontuário do berçário, juntado à f. 1.880, seja, de fato, um documento novo, nem que o acesso a ele fosse impossível ao dito médico, a tempo e modo próprios, nem ao outro réu médico do mesmo hospital, nem ao próprio hospital.

Ora, se os réus reputam tal documento como nuclear, indispensável à sua tese, o momento de sua apresentação seria o da contestação, e tal documento já existia em tal época, e o acesso dos réus a ele era evidente - *ça va de soi*!

Vejam-se:

> 'Somente os documentos tidos como pressupostos da causa é que devem acompanhar a inicial e a defesa. Os demais podem ser oferecidos em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo' (*RSTJ* 14/359). Isto é: só os 'documentos indispensáveis' (*RSTJ* 37/390), como tais se considerando os 'substanciais ou fundamentais' (*RSTJ* 100/197) (NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 520, nota 1ª do art. 397).

> Os documentos novos devem ser apresentados no momento em que a parte afirma fato novo, fato velho de ciência nova, quando surge a necessidade de contrapô-los aos que forem produzidos nos autos, quando o documento antes inacessível se torna acessível ou, ainda, no momento em que a parte puder falar sobre fato alegado pela parte contrária ou sobre o fato instrumental invocado de ofício pelo juiz, sob pena de preclusão (MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 386).

Logo, houve preclusão.

Assim, forte nessa assertiva, entendo que o agravo não merece provimento, porque a decisão agravada, a meu aviso, se houve com acerto.

Contudo, ainda que assim não fosse, assinalo que, após acurado exame da documentação referida pelos ora agravantes (Prontuário do Berçário, de f. 1.880) - de notar que tal documento, debalde serôdio, não teve sua juntada indeferida -, embora o tema seja um dos pressupostos da causa, e, por isso, devesse o correlativo documento ter sido apresentado com a contestação, não vislumbrei a absoluta relevância dele, como causa efetiva para sustentar a tese dos réus.

Isso porque, a meu aviso, imprescindível ele seria se seu contexto contrariasse as assertivas do perito oficial, notadamente acerca da ausência de prova de terem sido realizadas, na menor, as manobras de Ortolani, Barlow e Pistonagem, e o perito oficial afirmou à f. 1.333 que, embora os ora agravantes tivessem afirmado na contestação a realização de tais manobras na criança, não havia prova nos autos acerca disso.

Naquele momento, selou-se a preclusão.

Em sua contestação, especificamente à f. 671, os ora agravantes realmente disseram que a criança teria sido submetida às manobras de Ortolani, Barlow e Pistonagem, apesar de não terem juntado documentos que confirmassem tal afirmação.

Assim, inexistiu qualquer cerceamento de defesa no fato de não ter a perícia sido realizada com base no prontuário do berçário (doc. de f. 1.880), primeiro porque os agravantes tinham inteiro conhecimento e acesso ao dito prontuário, desde o ajuizamento desta demanda, não sendo ele, portanto, documento novo, e segundo, porque, efetivamente, como melhor será exposto no mérito, os apelados, diante da evidência dos fatores de risco, para a displasia do desenvolvimento do quadril - ou do nome que se dê à doença, porque aqui não se cuida de nomenclatura médica, mas, sim, de existência da moléstia -, independentemente dos exames de Ortolani, Barlow e Pistonagem, tinham o dever de competência e prudência (o primeiro, cuja inobservância denotou imperícia, e, quanto o segundo, sua inobservância explicitou imprudência), tinham, repita-se, o dever de encaminhar a infante, de imediato, ao ortopedista pediatra, o que não foi feito.

Por isso, o dito documento, na verdade, não derrui a culpa (somente a secunda), e a asserção de que ele não demonstra - tal é vero - analítica e cabalmente a realização dos ditos exames é mero *obiter dictum*, na estrutura do raciocínio deste voto. A culpa precedeu a questão da efetivação ou não do exame. Sua configuração se deu com a não realização, a tempo e modo, de ultrassonografia e do não envio da infante ao ortopedista pediatra, em face dos fatores de risco evidenciados, que indicavam situação muito além de um quadro de mera rotina. Assim, a culpa dos réus, com a ausência de prova da realização dos exames de Barlow, Ortolani e Pistonagem, tão somente se consolidou, porque antes disso já se perfizera.

Note-se que a própria sentença se baseou nos ditos documentos pretensamente novos, quando se referiu às peças de f. 1.879/1.884, e com base neles fundou seu entendimento.

Dessarte, não há falar em cerceamento de defesa.

De resto, é de assinalar que, debalde a decisão interlocutória, de f. 1.946, tenha determinado o desentranhamento do parecer de complementação do laudo pericial, feito pelo Dr. André Luiz Barbosa Roquette, assistente técnico dos réus Rildo Eustáquio da Costa e Antônio Carlos Silva Rezende, que manejaram o agravo retido de f. 1.946/1.952, é de assinalar, repita-se, que não se sabe como e ainda a despeito da certidão de f. 1.948, tal parecer complementar permaneceu nos autos, o que se verifica logo após f. 1.987, em seguida à folha de encerramento do volume 7º, dos autos, vale dizer, o dito parecer de f. 1.933/1.938, apenas trocou de lugar e remanesceu, em sua completude, nos autos, tão somente deslocados, porque houve renumeração.

Além disso, a Folha de Berçário, sobre a qual o dito parecer técnico se centrou, também figurou nos autos (f. 1.880 e seguintes), de modo que, em tal contexto, não haveria nem mesmo interesse recursal em relação ao agravo retido de f. 1.949/1.952.

Isso posto, nego provimento ao agravo retido.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Sr. Presidente, ouvi, com atenção, as palavras dos senhores advogados, recebi memoriais aos quais dei a devida atenção e, da tribuna, aqui, se enfocou muito a questão do tal prontuário do berçário.

Este agravo retido tem a ver com a questão desse documento e vou pedir vista dos autos em razão do que ouvi da tribuna.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DE SUSPEIÇÃO, LEVANTADA EM CONTRARRAZÕES. APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, PEDIU VISTA A REVISORA.

Sessão do dia 03.03.2011.

Assistiram ao julgamento, pela segunda apelante, o Dr. Bernardo Câmara e, pelo apelado Antônio Carlos Silva Rezende, o Dr. Francisco Gaudereto.

DES. PRESIDENTE - O julgamento deste feito foi adiado na sessão anterior, a pedido da Desembargadora Revisora, após rejeitarem a preliminar de suspeição, levantada em contrarrazões, e o Desembargador Relator negar provimento ao agravo retido.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Senhor Presidente, pedi vista dos autos. Tive novo acesso a eles, examinei-os com atenção, recebi novos memoriais das partes e estou acompanhando o eminente Relator, também negando provimento ao agravo.

DES. PEDRO BERNARDES - Eu também acompanho o eminente Relator quanto ao agravo retido.

DES. LUCIANO PINTO - Senhor Presidente, eu assinalo que, no curso da semana, após a sustentação oral, recebi memoriais. Um deles apresentado pelo eminente advogado do apelado, o Dr. Rildo Eustáquio da Costa, e o outro apresentado pela parte apelante, B.C.P.C. e outros.

Dei-lhes a atenção devida, li-os atentamente. Estou determinando a juntada deles por linha. Na sessão passada, da tribuna, o eminente advogado do apelado, Dr. Rildo Eustáquio da Costa, ao final de sua manifestação, assinalou que, com base na prova produzida, deveria ser seu cliente excluído da demanda. Apenas para dar clareza, eu convim acrescentar esse tópico como uma preliminar de exclusão de demanda por ilegitimidade. Então, eu rejeito essa preliminar de exclusão.

Preliminar levantada na tribuna.

Ilegitimidade passiva - exclusão da demanda.

Assinalo que, quando de sua sustentação oral, na tribuna, o eminente advogado do apelado Rildo Eustáquio da Costa, após discorrer sobre o mérito da demanda e a análise da prova, concluindo que ela lhe fora favorável, disse que a hipótese seria até mesmo de exclusão dele, apelado, da demanda.

O argumento soou como se fora uma preliminar de ilegitimidade passiva, por isso que, para se evitar qualquer ambiguidade, vou examiná-lo neste tópico do voto.

Na verdade, quando se assinala que a prova é favorável a tal ou qual parte, a conclusão que normalmente se segue é a de que a demanda lhe deve ser favorável em seu mérito.

Isso porque, para se chegar a tal conclusão, o exame do mérito é requestado.

Trata-se de hipótese das falsas ilegitimidades *ad causam*, a que se refere Cândido Dinamarco, no seu *Nova era do processo civil*, São Paulo, Malheiros Editora, 2003, p. 168, quando ressalta o fato de que, em havendo o exame da prova e seu exaurimento, a decisão, com base nela, que sobrevém, implica verdadeira decisão de mérito.

Por isso, é de se rejeitar a preliminar, haja vista que o exame sobre se a prova dos autos se encontra em prol dos argumentos do referido apelado será feito na sede de mérito e a conclusão a que se chegar será, obviamente, uma conclusão de mérito.

Com tais razões, rejeito a preliminar.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - Estou acompanhando o eminente Relator, porque essa ilegitimidade

alegada é daquelas falsas ilegitimidades sustentadas por Cândido Dinamarco, conhecida teoria de Cândido Dinamarco. E realmente a questão envolve o mérito da ação, de forma que eu também estou rejeitando a preliminar.

DES. PEDRO BERNARDES - Eu também, do exame que fiz, cheguei à mesma conclusão dos eminentes Relator e Revisora, de modo que me ponho de acordo.

DES. LUCIANO PINTO - Da primeira apelação (autores).

Os apelantes, inconformados com a sentença que julgou improcedentes seus pedidos, requereram sua reforma com base na prova produzida nos autos, entendendo que o julgamento se dera de forma contrária a ela.

Inicialmente, devem ser destacados os temas da responsabilidade civil, notadamente quando a matéria posta a julgamento apresenta circunstâncias de séria repercussão na carreira de profissionais da área médica e, também, na vida de uma infante, a quem advieram sequelas definitivas.

Aqui, em um primeiro momento, o núcleo da controvérsia é a ocorrência ou não de erro de prática médica e seus efeitos, que ao influxo das teorias da responsabilidade civil deve ser examinado sob a égide da responsabilidade subjetiva, conforme preconiza o art. 14, § 4º, do CDC.

Partindo desse princípio, vejam-se os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves em *Responsabilidade civil*, 8. ed., Saraiva, 2003, p. 359-360:

> 54. A responsabilidade dos médicos.
> Não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e o médico, quando este o atende. Embora muito já se tenha discutido a esse respeito, hoje já não pairam dúvidas a respeito da natureza contratual da responsabilidade médica.
> [...]
> Pode-se falar, assim, em tese, em inexecução de uma obrigação, se o médico não obtém a cura do doente, ou se os recursos empregados não satisfizerem. Entretanto, 'o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa'. Explica Savatier que a responsabilidade contratual pode ou não ser presumida, conforme se tenha o devedor comprometido a um resultado determinado ou a simplesmente conduzir-se de certa forma. 'É o que sucede na responsabilidade do médico, que não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão'.

Adiante, continua:

> [...] O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência. Comprometem-se a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia.

Assim, para o exame do primeiro pressuposto da responsabilidade civil, que é a culpa, devemos examinar se os médicos réus, acompanhando a então recém-nascida, se houveram conscienciosos e atentos, cingidos aos procedimentos necessários, e se a situação então apresentada era mesmo rotineira, tal como por eles considerada, ou não.

Para tanto, devemos examinar a prova dos autos, que, a propósito, é bastante extensa.

Primeiramente, cumpre destacar que a criança, indubitavelmente, pertencia a um grupo de risco, qual seja o de apresentar quadro clínico que prenunciava displasia oculta do quadril, conforme bem assinalou o perito oficial, à f. 1.336 do laudo:

> 3. A periciada apresentava, efetivamente, fatores de risco para a displasia do desenvolvimento do quadril, e estes deveriam ter sido considerados, encaminhando a mesma para um ortopedista, ortopedista pediátrico ou dando sequência na propedêutica.

Quanto a tal ponto, veja-se que os réus não negaram, em momento algum de suas defesas, o conhecimento acerca da existência de tais fatores de risco; ao contrário, o segundo e o terceiro réus, precisamente à f. 670 de sua defesa, assim se manifestaram em relação ao que foi dito na inicial da ação, acerca da existência desses fatores de risco no caso da recém-nascida: "Tais fatos são alguns dos fatores de risco, mas não são as principais causas da ocorrência da displasia e desenvolvimento de quadril".

O dever de cuidado (*sapientis est curare*), diante da evidência dos fatores de risco, por si, já implicava o impositivo dever de diligência no sentido de que a infante fosse encaminhada para o profissional competente, que, então, seria um ortopedista pediatra.

O argumento de que não haveria motivo para aprofundar os exames e de que eventual diagnóstico de existência da moléstia poderia não ter sido constatado, logo de início, porque ela seria de difícil anunciação, não afastava o dever de diligência e de prudência, aí incluído o de competência, haja vista que, em detrimento dos fatores de risco existentes, demonstrados pela perícia, não poderiam os pediatras, que, como se infere dos autos, não são ortopedistas pediatras, avançar um resultado que requestava ciência e tirocínio específicos. Sua inércia implicou um avanço de diagnóstico, sem a competência ortopédica para seu estabelecimento, *rectius*: delineou um resultado hipotético, sem base científica da especialidade ortopédica, na qual, debalde os evidentes fatores de risco, segundo, então, entenderam

os réus, nada teria sobrevindo à infante e, assim, risco não haveria.

Ao adentrar, dessarte, a seara do especialista, eles se houveram com insciência, a saber: imperícia e imprudência, no contexto que se lhes apresentava.

Violaram o dever de perícia e prudência, cuja apreciação varia em severidade em função da competência daquele que não o observa, e tal dever liga-se à obrigação de diligência.

A inobservância de um ato imperativo, traduzida na ausência de envio da infante ao ortopedista pediatra, implicou uma violação de cuidado, que revelou, também, a negligência, de monta com a imperícia e a imprudência.

Finalmente, cumpria aos réus o dever de competência porque procederam de modo incompatível com a ciência, quando adentraram a seara do especialista em ortopedia, ao desprezar os fatores de risco evidentes e ao concluir no sentido de que a infante era fisicamente sadia, no tópico da moléstia que a acometera.

Com isso, eles retiraram da infante o atendimento por quem seria realmente competente para dar a palavra final, vale dizer, o ortopedista pediatra.

Todos os meios disponíveis de diagnóstico deveriam ter sido usados, e não o foram.

O Código de Ética Médica, que vigia na época dos fatos, era a Resolução CFM nº 1.246/88, de 08.01.88, publicado no *Diário Oficial da União* de 26.01.88, impunha ao profissional da medicina a utilização de todos os meios possíveis de diagnóstico a seu alcance.

Veja-se tal texto normativo:

> Capítulo V - Relação com Pacientes e Familiares.
> É vedado ao médico:
> [...]
> Art. 57. Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento a seu alcance em favor do paciente.

Eis a culpa dos réus delineada.

A propósito dos deveres de diligência, prudência e competência, cuja violação implica imperícia, imprudência e negligência, veja-se a melhor doutrina, extraída do monumental *Traité de droit civil*, coordenado por Jacques Ghestin, no tópico do volume que cuida das condições da responsabilidade, sendo de notar que essa doutrina é a adotada pelo direito civil pátrio e se encontra em plena harmonia com a nossa legislação civil.

Assim, desafia transcrição o magistério de Geneviève Viney e Patrice Jourdain, em *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., 3e édition, Paris, 2006, p. 423-426, obra essa que faz parte do referido *Traité de droit civil*, acima referido:

> *Le devoir de prudence n'a en effet pas de frontière; il s'impose à tous en toutes occurrences et peut seulement varier au gré des circonstances. Il est en particulier apprécié avec une sévérité qui varie en fonction de la compétence de celui qui l'assume et des caractères de l'activité exercée. C'est en effect principalement dans l'appréciation de l'imprudence que les tribunaux ont l'occasion de tenir compte des difficultés et des dangers auxquels l'auteur du dommage se trouve confronté afin d'y ajuster le standard moyen de comportement (291) [...] (p. 423.).*
>
> *480 - Le devoir de diligence.*
> *Le devoir de diligence est souvent jumelé au devoir de prudence (303), et nombreux sont les arrêts qui donnent au fait incriminé la double qualification de 'negligence' et 'd'imprudence', notamment pour toute omission d'une précaution utile à la sécurité des personnes ou des biens. Ordinairement, l'acte ou l'abstention retenu pour caractériser l'inobservation de cet impératif consiste en un manque de soins ou en une légèreté révélant une négligence (304), par exemple dans la préparation de l'activité d'où est issu le dommage (305) [...] (p. 425).*
>
> *481 - Le devoir de compétence. La compétence professionnelle.*
> *L'efficacité n'implique d'ailleurs pas seulement le soin et l'attention. Elle demande souvent la compétence. Aussi bien, la jurisprudence n'a-t-elle pas hésité à déclarer fautive toute erreur qui procéde d'une ignorance incompatible avec la compétence que la victime pouvait normalement attendre de l'auteur du dommage, compte tenu de la nature de l'activité exercée, des circonstances dans lesquelles l'action s'est déroulée, des qualifications dont le sujet s'est prévalu, etc. La profession joue évidemment un rôle essentiel dans l'appréciation de la compétence requise et attendue, et l'erreur commise par un professionnel est le type de faute le plus souvent retenue à son encontre (309) [...] (p. 426).*
>
> *309. Elle presente alors géneralement le caractère d'une faute contractuelle dans les rapports entre le professionnel et son client et celui d'une faute quasi-délictuelle vis-à-vis des tiers. Elle consiste donc bien souvent en un manquement aux obligations imposées par le contrat (V. Ph. Le Tourneau, La responsabilité civile professionnelle, Économica, 1995, p. 77 et s.). Mais parfois, la faute professionnelle résulte de la transgression de devoirs directement attachés à l'exercice de la profession, comme le sont nous semble-t-il les devoirs de conseil ou de sécurité, qui existent indépendamment des stipulations contractuelles. V. en matiére médicale J. Penneau, Faute et erreur en matiére de responsabilité médicale, LGDJ, 1973, notamment nos 201 et s.; La responsabilité médicale, ed. Sirey, 1977, nos 58 et s. (p. 426).*

No caso presente, houve a violação do dever de conselho (a que se refere a citação acima), que se transmutasse no envio da infante ao ortopedista pediatra, em face do quadro de risco.

Contudo, ainda que os fatores de risco não fossem as principais causas da moléstia, o contexto por eles, réus, defrontado, sobressaindo-se a existência objetiva dos ditos fatores, impositivos do envio da neonata ao ortopedista, o contexto, repita-se, não erradicaria dos médicos a obrigação de realizar as referidas manobras de Ortolani, Barlow e Pistonagem, porque ficou bastante claro nos autos que esse procedimento é executado independentemente da ocorrência de tais fatores de risco.

Houve, ainda, negligência, quando no contexto de fatores de risco apresentados, não submeteram a infante à ultrassonografia.

Mais uma vez houve por parte dos réus violação do referido art. 57 do Código de Ética Médica.

A não realização da ultrassonografia não foi contestada.

A perícia oficial, mais exatamente à f. 1.334, foi clara em que:

> A indicação da ultrassonografia está indicada, exceto nos casos em que o diagnóstico clínico está firmado, nos casos em que fatores de risco estão presentes, como é o caso da B.

O fato de o perito ter assinalado que a ultrassonografia seria rotina ou puro academicismo não retira o vulto de sua afirmação quando excepcionou sua manifestação colocando, obviamente, o caso da infante autora como hipótese na qual a ultrassonografia estaria indicada.

A literatura médica juntada pelos réus médicos, às f. 1.508 e seguintes, não os socorre no tópico da ultrassonografia.

Isso de tal literatura, mais exatamente à f. 1.509, em trecho por eles destacado, assinalar a inexistência do padrão ouro para o diagnóstico durante o período imediato ao nascimento, mencionando expressamente a ultrassonografia, que poderia mascarar resultados falso-positivos e falso-negativos, não permite, logicamente, a inferência de que a doença também não poderia ser detectada. Se a ultrassonografia se indicava, como disse o perito, a moléstia poderia, também, ser detectada. A culpa não decorreu, no caso, da hipótese de possível resultado, mas na ausência do exame ultrassonográfico, o que retirou uma possibilidade de detecção da doença.

A hipótese de resultado falso-positivo ou falso-negativo implica apenas a possibilidade de interveniência de variáveis que podem ocorrer em qualquer exame médico.

Não são tais hipóteses premissas válidas e consistentes para relegar ao sítio de inutilidades o direito de a infante ter sido examinada também pelo método da ultrassonografia, diante do evidente quadro clínico, demonstrativo de fatores de risco, com o qual ela nasceu. É por isso que existia, na época, o art. 57 do Código de Ética Médica, como texto normativo da prática profissional.

Voltando ao tópico dos exames de Barlow, Ortolani e Pistonagem, os próprios réus foram contundentes quando afirmaram (f. 670/671):

> A ocorrência de fatores de risco não atesta a ocorrência de luxação, esta é perceptível apenas no exame físico que os pediatras executam rotineira e repetidamente; e os pediatras não têm dificuldade em diagnosticar uma luxação estabelecida; a literatura assinala a dificuldade de diagnóstico apenas da displasia oculta dos quadris, que vai manifestar-se tardiamente.
> [...] Como já foi relatado, a criança foi sim submetida a todos os exames cabíveis, como as manobras de Ortolani, Barlow e Pistonagem, que são realizados em todos os recém-nascidos, em todos os serviços de pediatria do mundo.

Dessarte, cumpria aos segundo e terceiro réus também a prova da realização desses "exames cabíveis, como as manobras de Ortolani, Barlow e Pistonagem" e o resultado negativo para luxação ou displasia oculta do quadril, porque eles também foram enfáticos ao afirmar que:

> Não havia nenhum sinal de instabilidade ou luxação das articulações coxofemurais nos exames clínicos de rotina realizados - por 3 vezes - após seu nascimento (manobras de Ortolani, Barlow e Pistonagem) (f. 669).

Não obstante, os réus não trouxeram qualquer prova acerca de suas afirmações, sendo de ressaltar que a testemunha do segundo réu, o pediatra Antônio Hipólito Pereira, em seu depoimento à f. 1.928, confirmou não ter realizado as referidas manobras na autora porque quando a examinou ela já contava com 8 meses de idade e que referido exame somente é indicado até os três primeiros meses, mas acrescentou que, quando realiza os exames, faz constar no laudo se ele é positivo para alguma doença ou negativo.

No caso dos réus, contudo, no prontuário do berçário da autora, tardiamente juntado à f. 1.880, não há indicação de manobras de Ortolani, Barlow e Pistonagem, nem que haveria quadro "negativo" para a doença detectável por elas.

Além disso, o perito oficial, às f. 1.333/1.334, disse isto:

> Os pediatras requeridos alegam que foram feitos em diversas ocasiões os Testes de Barlow e Ortolani, e que estes eram repetidas vezes negativos. Estes testes propedêuticos são padrões-ouro para o diagnóstico de displasia do desenvolvimento dos quadris sendo positivos quando são luxáveis, no primeiro, ou luxados, no segundo. Todo berçário e todo pediatra, normalmente faz estes exames de rotina, o que é alegado pelos mesmos, entretanto não existem (*sic*) nos autos qualquer comprovação da realização destes.

Nesse cenário, importante ressaltar a documentação pretensamente nova trazida pelos réus, às f. 1.879/1.884, denominada Folha de Berçário, com a qual eles pretendem provar que (f. 1.878):

> Registre-se que o Documento em anexo, que diz respeito à Folha de Berçário comprova de forma cabal que é feito rotineiramente o exame completo do recém-nascido, já que através do mesmo verifica-se que foi anotado o sinal de normalidade no exame das extremidades tronco e coluna, o que evidencia de forma incontroversa que o quadril foi examinado.

> Além disso, na parte denominada 'evolução médica' costa (*sic*) a anotação 'sem malformações grosseiras', o que denota que a menor não nasceu com displasia do desenvolvimento do quadril, e que esta foi desenvolvida posteriormente, de forma tardia, após a marcha.

Ora, saltam aos olhos as inferências equivocadas extraídas pelos apelados do que consta na "Folha de Berçário" da menor, no sentido de que os exames para a detecção de luxação do quadril ou displasia oculta, isto é, as manobras de Ortolani, Barlow e Pistonagem, teriam sido realizados, com a constatação de inexistência da doença.

Exame de extremidades do tronco ou coluna não indica, analítica e cabalmente, realização das manobras de Ortolani, Barlow e Pistonagem, que são específicas para a detecção de luxação do quadril ou displasia oculta, como ficou fartamente demonstrado pelas provas dos autos, porque deles não se tira uma exclusiva inferência científica, e sim funcionam como um leque de hipóteses, de que se podem extrair inferências várias, o que, obviamente, não é científico, quando se quer afirmar um fato específico.

Assim, caso o pediatra que acompanhou o nascimento da autora (segundo réu) tivesse, mesmo, realizado as referidas manobras no berçário, conforme pretendem demonstrar os apelados com a "Folha de Berçário" e conforme insistem em afirmar, certamente constariam naquele prontuário os mecanismos utilizados e seus correspondentes resultados, de forma, no mínimo, clara e inteligível, como deve ser a linguagem científica.

A meu aviso, a assertiva da primeira ré, abaixo transcrita, em sua contestação (f. 632), corrobora a inferência acima, de que se os exames específicos para a detecção de luxação ou displasia oculta do quadril tivessem sido realizados pelo segundo réu, no berçário do hospital, haveria anotações deles no prontuário (Folha de Berçário), de forma detalhada, e seus resultados. Veja-se:

> Ademais, não havia nenhum sinal de instabilidade ou luxação das articulações coxofemurais nos exames clínicos de rotina realizados, por 3 vezes, após o seu nascimento (manobras de Ortolani, Barlow e Pistonagem).
> Tais exames consistem em análise clínica, realização das referidas manobras uma ou duas vezes nas primeiras 24 horas de vida e diariamente até a alta hospitalar, sendo certo que, nas crianças que apresentam exames alterados, o tratamento é iniciado imediatamente e oportunamente são encaminhadas para ortopedista para realização de exame radiológico (f. 632).

Tais manobras não foram descritas na "Folha de Berçário". Nem há diretas referências a elas.

Com isso, o que se vê nas provas, é que os réus não realizaram as manobras de Ortolani, Barlow e Pistonagem, embora insistam em afirmar o contrário; embora concordem em que tais exames são rotineiros e imprescindíveis após o parto; embora reconheçam que tais exames apontam, no recém-nascido, luxações ou displasia oculta do quadril; embora reconheçam (*a contrario sensu*) que a inércia em relação à realização de tais manobras prejudique o rápido diagnóstico da doença e início imediato do tratamento, quando assinalam (f. 669):

> Tais exames consistem em análise clínica, realização das referidas manobras uma ou duas vezes nas primeiras 24 horas de vida e diariamente até alta hospitalar. As crianças que apresentam exames alterados são encaminhadas imediatamente para o ortopedista para avaliação clínica e realização de exames radiológicos; e então o tratamento é iniciado de acordo com o diagnóstico Firmado (*sic*).

A "Folha de Berçário", como se vê à f. 1.880, apenas indica um burocrático exame em que, em análise geral da infante, assinalou-se que as extremidades e o tronco e a coluna seriam bons. A linguagem utilizada foi criptográfica: repetiram-se sinais, em forma de notação léxica, abaixo da palavra "bom".

A notação léxica "til", ali utilizada, nada significa, porque o til é apenas designativo do fenômeno fonético de nasalização de vogal.

Pretender ilação de que tal descrição teria foros de cidade e denotaria a realização dos exames de Barlow, Ortolani e Pistonagem implica abandono de razoabilidade e direta violação da lógica do raciocínio.

A indicação de que extremidades, tronco e coluna seriam bons configura, apenas, uma conclusão que deveria ter sido precedida de premissas consistentes e expressas.

Isso é princípio elementar de lógica. Basta que se veja a estrutura do raciocínio dialético em qualquer manual.

O fato é que a apresentação da Folha de Berçário, a destempo, implicou preclusão, não se podendo vislumbrar no art. 397 do CPC qualquer arrimo para tal serôdia juntada. Não se tratou de fatos ocorridos depois dos articulados nem de necessidade de contraposição a fatos produzidos nos autos.

A questão da ausência dos exames de Barlow, Ortolani e Pistonagem já fora assinalada na petição inicial e, como não se tratava de documento novo nem de impossível acesso aos médicos e ao próprio hospital em que eles trabalham, por óbvio, não poderia, como não pode, ser peça de resistência da defesa - de undécima hora.

Não obstante isso, o fato é que, no próprio parecer médico complementar, elaborado pelo Dr. André Luiz Barbosa Roquette, assistente dos réus médicos, cuja juntada aos autos fora indeferida, mas que, como já dito, continuou nos autos e se encontra logo após a folha de encerramento do 7º volume do processo, lê-se isto:

> Não é rotina nos serviços de neonatologia a apresentação de epônimos como 'manobras de Barlow e Ortolani', mas a descrição do exame do aparelho locomotor (extremidades, tronco e coluna) como agora registrado nos autos.

Primeiramente, assinale-se que a situação concreta da infante já denotava que não se tratava de rotina, de modo que se deveria afastar a hipótese rotineira, expressa pelo referido médico.

Mais, o próprio médico assinalou que seria rotina a "descrição do exame".

Ora, pretender que o til, mera notação léxica, lançado como forma de expressão, na Folha de Berçário, seja uma descrição do exame de extremidades, tronco e coluna e, assim, comprove realização das manobras de Barlow, Ortolani e Pistonagem, significa uma equivocada prática semântica.

O que se vê à f. 1.880 é apenas uma indicação burocrática sobre aspecto geral da infante e, em seguida, vários tópicos sobre seu físico, tendo sido escrito o adjetivo "bom" na primeira linha e as que se lhe seguiram são apenas a dita notação léxica, representada pelo til, que estaria - supõe-se - a indicar também o adjetivo "bom". Pura criptografia.

De ressaltar que, em sua sustentação oral, o eminente advogado do apelado Rildo Eustáquio da Costa asseverou, na tribuna, que a dita notação léxica seria um "n", a saber: a letra "n", que estaria ali a denotar a palavra "normal", como conclusão do exame correlativo.

Ora, a inferência não é válida.

Primeiro, porque o que lá se grafou, a olhos vistos, foi um "til"; segundo, porque, mesmo se se considerar que tenha ali grafado a letra "n", ainda assim, a denotação pretendida não é logicamente válida, porque implicaria a configuração daquilo que se denomina, em lógica, "entimema inaceitável", em que se suprimem premissas unilateralmente.

A completa explicação sobre o significado do "entimema inaceitável" será feita logo adiante, neste voto.

Uma letra do alfabeto, tal como a letra "n", que se pretendeu ver grafada na Folha de Berçário, como apta a uma conotação semântica, é imprópria a tanto. Trata-se de uma mera unidade gráfica, um grafema, sem significação lexical.

A significação semântica, no caso presente, somente seria válida com palavras inseridas em frases claras, dentro de contexto inteligível, o que não ocorreu no processo em questão.

Em linguística e em ciência da linguagem, em cujo universo a ciência do direito se expressa, não há nenhuma descrição, a não ser que essa palavra-vocábulo tenha outra conotação, que não a de ato de descrever, por via de exposição circunstanciada da palavra falada ou escrita, tal como indicam os léxicos.

Descrever implica precisar, não adjetivar, nem, muito menos, criptografar.

Mais, ainda sobre a dita Folha de Berçário (f. 1.880), quem a preencheu não foi o médico, mas, sim, a técnica de enfermagem Dalva Gomes Ferreira, que disse isso no seu depoimento de f. 1.927.

Nesse depoimento de f. 1.927, após afirmar que o pediatra Dr. Rildo (réu desta demanda) esteve no berçário e examinou todas as crianças, inclusive a autora B., logo adiante, ao responder à pergunta do Promotor de Justiça, disse que o médico que fizera o movimento de quadril na autora fora "[...] o mesmo Rildo ou o Dr. Antônio Carlos". É curioso o fato de a testemunha fazer uma afirmação tão contundente, no sentido de que o movimento dos quadris da autora foi realizado e remanescer em dúvida sobre qual dos dois réus médicos realizou tais exames.

Isso retira a consistência do depoimento.

A testemunha de f. 1.929, médico Ismael Ferreira de Barros, disse que a ficha de berçário de f. 1.880 é uma ficha de rotina, padronizada, e que o exame físico constante da Folha de Berçário é preenchido pelo médico.

Ora, a enfermeira que depôs à f. 1.927 disse que foi ela, enfermeira, quem preencheu o documento de f. 1.880.

É de ver que o referido Código de Ética Médica, no seu art. 69, assinala que é vedado ao médico deixar de elaborar prontuário médico para cada paciente. Com isso, tal norma está a assinalar que cabe ao médico, e não à enfermeira, elaborar (*rectius*: preencher) os prontuários. No caso o prontuário seria a Folha de Berçário.

Isso implica negligência do médico, que deixou a outrem tal preenchimento, que lhe cumpria, conforme se vê na retromencionada norma do Código de Ética Médica.

É de ver ainda que seu colega médico, no depoimento de f. 1.929, assinalou que é o médico quem preenche a Folha de Berçário. Acrescente-se que tal preenchimento pessoal se impunha, sobretudo, em uma situação cujos fatores de risco estavam evidenciados, a rotina e a padronização não deveriam ter sido condutoras dos exames e do preenchimento da dita Ficha de Berçário.

O médico Ismael Ferreira de Barros, que depôs à f. 1.929, disse que consultou a infante cerca de um mês e uma semana após seu nascimento e que realizou nela manobras de quadril (Ortolani e Barlow) e que não existia nela, infante, qualquer alteração. Mais, disse que à época não possuía campo, na ficha de histórico da criança, para anotação dos exames realizados.

Ora, admitir-se que procedimentos médicos não sejam registrados expressamente, na ficha médica, e possam valer como tendo sido realizados, com base na palavra do médico que afirma tê-los feito, significa uma situação de absoluta insegurança material e jurídica.

Exames realizados por médicos, constam - e devem constar - das fichas de qualquer paciente. O prontuário é de feitura impositiva.

Nesse contexto, não há como atribuir foros de cidade ao tópico do depoimento de f. 1.929, relativamente à afirmação de que as manobras de Barlow e Ortolani foram realizadas pelo ali depoente.

Voltando à Folha de Berçário de f. 1.880, é de assinalar que, em termos de lógica, a pretensão dos réus, no sentido de que, pelo só fato de diante dos vocábulos impressos "extremidades, tronco e coluna" se tenha colocado um til, mera notação léxica, com a função de denotar o adjetivo "bom", ou, como já anteriormente dito, que se tenha colocado a letra "n", mera unidade gráfica, sem significação lexical (porque não se trata de palavra nem se insere em contexto linguístico válido, no qual os partícipes da interlocução, no caso, médicos e pais da paciente, tenham efetivado prévio acordo sobre significação semântica da unidade gráfica) e que, assim, estaria provada a realização das manobras de Barlow, Ortolani e Pistonagem, configura paralogismo, senão falácia.

Isso porque, se se permitir que a só notação léxica "til", ou a só unidade gráfica "n" estariam, cada qual de seu turno, descrevendo a realização dos exames de Barlow, Ortolani e Pistonagem, ter-se-ia que admitir que a descrição demonstradora de efetiva realização das manobras estaria tacitamente aceita, estaria subentendida, pelas partes, sobretudo pela parte em relação à qual a comunicação expressa se dirigia (no caso, os pais da infante, cujo direito à ficha médica dela, com exata descrição de seu exame, era evidente).

Documento comum às partes - médico e paciente -, tudo que nele se expressasse haveria de ser de comum compreensão.

O médico não preenche documentos que tais para seus pares, mas, sim, para seu paciente ou quem o represente.

Assim, quando o argumento tem premissas suprimidas, como foi o caso do preenchimento da Folha de Berçário, para que a conclusão seja válida, tais premissas deverão ser óbvias, de modo que dispensassem explicitações, o que não foi o caso dos autos, sobretudo em se tratando de um meio de expressão, utilizado por um médico e dirigido aos representantes da paciente que são leigos em medicina.

Em hipóteses que tais, a expressão, o argumento, acaba por configurar um entimema.

Entimema, conforme assinala Leonidas Hegenberg, no seu *Dicionário de lógica*, São Paulo, E.P.U., 1995, p. 71, é nome dado a argumento em que uma ou mais premissas tenham sido omitidas. Em geral, a supressão de premissas tem por base o fato de parecerem óbvias, dispensando, pois, explícita menção.

No caso dos autos, a notação léxica til, ou, como o quis a sustentação oral do apelado Rildo Eustáquio da Costa, a letra "n", colocada diante dos vocábulos impressos na Folha de Berçário "extremidades, tronco e coluna", para denotar o adjetivo "bom", como se supôs, ou o adjetivo "normal", como pretendido pelo apelado, não se prestam a sustentar argumento válido no sentido de que somente com tal meio de expressão já estaria óbvio o fato de ter havido as manobras de Barlow, Ortolani e Pistonagem.

A ausência de obviedade ressalta clara na situação dos autos, na qual o destinatário da expressão médica, naturalmente, seriam os pais, como representantes da neonata.

O entimema somente é válido quando as proposições nele suprimidas são de conhecimento comum, o que não era a hipótese a que se referem estes autos.

Veja-se a lição de Irving M. Copi:

> Na linguagem cotidiana e mesmo na ciência, a maioria das inferências expressa-se entimematicamente. A razão disso é fácil de se entender. Na maioria das polêmicas, há uma grande quantidade de proposições que se pressupõe ser de conhecimento comum [...].
> Um princípio fundamental, no fornecimento das premissas suprimidas, é que a proposição deve ser tal que o autor do argumento possa supor, com segurança, que os seus ouvintes ou leitores a aceitarão como verdadeira (COPI, Irving M. *Introdução à lógica*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1978, p. 208).

No caso dos autos, é evidente que os representantes da neonata, leigos em medicina, não poderiam aceitar como verdadeiras premissas suprimidas, cuja existência ignoravam absolutamente, porque leigos não sabem o que sejam manobras de Barlow, Ortolani e Pistonagem.

Não havendo, pois, a prévia aceitação das partes, nem o conhecimento comum, quanto à hipótese de subentedimentos de ideias e pressuposição de conceitos, no sistema de comunicação, a lógica assinala que tal sistema denota um paralogismo, denominado entimema inaceitável, que a lógica anglo-saxônica denomina *unaccepted enthymemes*.

Inexistindo, pois, o prévio concerto das partes no sistema comunicativo, que permita plena inteligibilidade dos significantes e significados, não se pode impor a uma delas uma denotação extensiva de um vocábulo (no caso, o adjetivo "bom" criptograficamente expresso, por meio de uma mera notação léxica), como meio de relato descritivo de um exame.

Entimemas inaceitáveis são sempre aptos para desculpas mancas (*lame excuse*).

Veja-se, a propósito, a exposição de Madsen Pirie em seu clássico *How to win every argument*, Typeset by YHT Ltd., London, 2009, p.166-167:

> *Unaccepted enthymemes.*
> *An enthymeme is an argument with one of its stages under-*

stood rather than stated. This is all right as long as both parties accept the tacit assumption. When the unstated element is not accepted, we move into the territory of the fallacy.
[...]
In this case a fallacy is committed because an important element of the argument is omitted. If both parties agree on the assumption, then it is present although unstated. If only the listener makes the assumption, he may think the argument has more support than it really does. We often leave out important stages because they are generally understood, but we have to recognize that there can be disagreements about what we are entitled to assume.
[...]
It is because we use enthymemes routinely to avoid laboriously filling in the details that opportunities for the fallacy arise [...].
Unaccepted enthymemes form ready crutches for lame excuses.

Com tudo isso, força é convir pela inequívoca existência de culpa dos réus, porque foram omissos em relação aos procedimentos que deveriam adotar no caso da autora e, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (referidas no preâmbulo deste voto), deixaram de "proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão".

Assim, no sítio probatório destes autos, patente a negligência dos réus quando atenderam a menor e deixaram de adotar as condutas necessárias na ocasião, embora tenham reconhecido, aqui, a importância e imprescindibilidade delas, inclusive ressaltando que tais manobras são realizadas por todos os pediatras em todo serviço de pediatria do mundo (671), e sobretudo - ressalte-se: "sobretudo" -, porque, como dito, ao não encaminhar a infante ao ortopedista pediatra, bem como ao não submetê-la à prévia e necessária ultrassonografia (cuja indicação se vê na própria perícia), diante da evidência dos fatores de risco, faltaram com o dever de competência e diligência, o que caracterizou a imperícia, imprudência e negligência.

Ressalto que as teses dos réus, no sentido de ter havido um diagnóstico negativo para luxação e displasia de quadril, após o nascimento da menor, e no sentido de que a doença somente teria surgido quando a criança já contava mais de um ano e meio, isto é, quando ela efetivamente se manifestou, a olhos vistos, por intermédio da claudicação da criança, não têm qualquer concretude. Isso porque, se não houve exames no momento do nascimento, por ortopedista pediatra, por evidente negligência e imperícia, a conotação de veracidade há de recair sobre as alegações dos apelantes, de que a doença já existia, em seu estágio oculto, desde o nascimento da menor, vindo a ser detectada quando ela iniciou a marcha, e a culpa começou a se perfeccionar quando se privou a infante dos exames - ultrassonografia incluso - que o quadro de fatores de risco apontava como situação não rotineira.

A infante foi, então, privada da utilização de todos os meios disponíveis de diagnóstico.

Não bastasse tudo quanto já se disse, é de ressaltar que ocorreu ainda violação, por parte dos réus, do princípio da precaução.

Teresa Ancona Lopez, professora titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no seu clássico *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, São Paulo, Editora Quartier Latin, 2010, p. 103, esclarece com maestria:

> Princípio da precaução é aquele que trata das diretrizes e valores do sistema de antecipação de riscos hipotéticos, coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos graves e irreversíveis e sobre os quais não há certeza científica; esse princípio exige a tomada de medidas drásticas e eficazes com o fito de antecipar o risco suposto e possível, mesmo diante da incerteza (*Op. cit.*, p. 103).

No caso dos autos, em face dos fatores de risco objetivamente evidenciados, bem como da inconteste incerteza de diagnóstico, cumpria aos réus, defronte tal situação, que era mesmo incerta, a tomada de medidas de modo que o risco suposto e possível fosse antecipado, o que quer dizer, identificado.

O princípio da precaução, ainda na lição de Teresa Ancona Lopez, efetiva uma segurança que, por sua vez, é um dos aspectos da segurança jurídica, de modo que se fundamenta no próprio direito constitucional pátrio e, ainda, aplica-se à responsabilidade civil, a saber:

> Finalmente, não poderíamos deixar de esclarecer que a segurança que o princípio da precaução quer efetivar é um dos aspectos da Segurança Jurídica, que, juntamente com a Justiça, são os valores (pilares) sobre os quais todo o Direito se assenta e sem os quais o edifício jurídico não existiria (*Op. cit.*, p. 115).

De assinalar ainda que o princípio da precaução se correlaciona de tal forma com a segurança jurídica que subjaz no próprio texto constitucional nos tópicos que versam sobre a mesma segurança jurídica.

Quanto à sua aplicabilidade em tema de responsabilidade civil, é de ver, ainda, a lição de Teresa Ancona Lopez, *verbis*:

> No direito brasileiro, podemos fundamentar juridicamente o princípio da precaução:
> 1º) No artigo 3º da Constituição Federal de 1988, que determina que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: 'I - construir uma sociedade livre, justa, solidária'. Portanto, a solidariedade é objetivo fundamental da República. Esse princípio tem que ser usado sempre, pois vai iluminar a interpretação das normas, porquanto é ele um dos pilares que ajudam a construir o sistema jurídico pátrio. Não poderia deixar de aplicar-se à responsabilidade civil, que é o ramo do direito que vela para que os danos não fiquem impunes (*alterum non laedere*) e agora também para que os riscos e danos sejam evitados (*Op. cit.*, p. 115).

Adiante, é de ver que o princípio da precaução, cuja função é, sobretudo, antecipatória, interliga-se ao princípio da prevenção, e este também se insere no sistema pátrio da responsabilidade civil. Veja-se:

> O princípio da prevenção, que aparece como regra de fundo no microssistema do consumidor, na apreciação dos danos médicos e hospitalares [...] já está fazendo parte da responsabilidade civil contemporânea e tem sido evocado pela doutrina e pelos tribunais estrangeiros e, de forma um pouco mais tímida, também brasileiros.
> [...]
> De outro lado, o princípio da precaução já está integrado no sistema da responsabilidade civil, mesmo que seja utilizado apenas de forma subliminar.
> [...]
> Importante aspecto dessa integração dos princípios da precaução e da prevenção na responsabilidade civil é que a avaliação dos danos e suas conseqüentes reparações levarão em conta, no direito contemporâneo, esses princípios quando, mesmo tendo sido aplicados *ex ante*, tenham falhado, o que resultou no aparecimento do dano-evento. Em outras palavras, a avaliação desses prejuízos *a posteriori* levará em conta o gerenciamento dos riscos e o uso dos instrumentos antecipatórios dos perigos. A precaução e a prevenção devidas e não realizadas serão postas na balança das indenizações juntamente com todas as outras circunstâncias para chegar-se ao *quantum debeatur* (LOPES, Teresa Ancona. *Op. cit.*, p. 119-122).

Por tudo quanto vem sendo dito, o princípio da precaução, ainda conforme a lição de Teresa Ancona Lopes:

> [...] foi aceito nos ramos do direito que têm como finalidade proteger a incolumidade física e a saúde dos indivíduos. Dessa forma, aparece no direito médico e hospitalar, no direito do consumidor [...] (*Op. cit.*, p. 98).

É de ver, no caso presente, que não houve precaução por parte dos réus, de modo que a aplicação do princípio pudesse ter sido eficaz - *ex ante* - no gerenciamento do risco, bem como, por consequência, ocorreu o aparecimento do dano-evento, configurado por tudo que sobreveio à neonata, irreversivelmente.

A precaução e a prevenção, no caso, deveriam ter sido observadas pelos réus, ao influxo do próprio Código de Ética Médica, como já referido, no tópico que determina a utilização de todos os meios disponíveis em prol do paciente.

A referência ao estudo do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, feita pela sentença ora recorrida, no contexto destes autos, não arrima a conclusão da mesma sentença.

Isso porque o que o Ministro Ruy Rosado disse, e tal como está transcrito pela sentença recorrida, à f. 2.248, é no sentido de que o erro no diagnóstico não geraria responsabilidade, salvo se realizado sem atenção e precauções conforme o estado da ciência, apresentando-se como erro manifesto e grosseiro.

Ora, no caso houve, pelos réus, falta de precaução e prevenção e a violação do próprio Código de Ética Médica, então vigente, cujo art. 57 determinava a utilização de todos os meios disponíveis de diagnósticos, em favor do paciente.

Diante dos objetivos fatores de risco, o não envio da neonata ao ortopedista pediatra e a não utilização de ultrassonografia, implicou, a todas as luzes, ausência de utilização de todos os meios disponíveis de diagnósticos, o que resultou erro manifesto e grosseiro.

Assim, a própria referência da sentença recorrida desnuda a culpa dos réus, que no caso dos autos não é presuntiva, mas, sim, manifestamente concreta.

Constatada, pois, a culpa, resta estabelecer o nexo de causalidade entre a omissão dos réus e os danos sofridos pela menor, até porque os réus confessaram a existência do dano, precisamente à f. 680, quando disseram: "Que o dano experimentado pela criança existe, isso não há dúvida".

A controvérsia, nessa seara, consiste em conectar a omissão dos réus aos resultados sobrevindos, isto é, aos danos sofridos pela criança.

Em um primeiro momento, não podemos olvidar de que os precoces exames que a situação exigia e o tratamento imediato eram imperativos, contudo, cumpre verificar como seriam as condições desse tratamento, caso o diagnóstico tivesse sido tempestivo, isto é, logo após o nascimento da criança, conforme estabelecem as regras da medicina, no contexto que se apresentava, e se esse tratamento seria ou não menos agressivo para a criança e com maior sucesso.

Mais, deve-se apurar se teria havido um aumento das chances de a criança não apresentar sequelas definitivas, diferentemente das advindas com o tratamento tardio; se tais sequelas ocorreram no caso da autora; e, caso positivo, quais seriam essas sequelas.

Para tanto, passo ao exame das provas.

O perito oficial, à f. 1.336, disse isto:

> 4. O diagnóstico precoce de uma displasia do desenvolvimento do quadril, na sua forma oculta, poderia ter tido a mesma evolução, visto que não exige qualquer tratamento efetivo. A diferença seria no acompanhamento periódico com ortopedista, pois teria sido feito o diagnóstico da luxação também precocemente.

Contudo, mais adiante, o perito esclareceu à f. 1.342, quando respondeu aos quesitos 13, 14 e 15 formulados pelos autores:

> 13. Em que consiste o tratamento da luxação congênita do quadril, quando eficientemente diagnosticada e tratada nos primeiros dias de vida?
> Desde que não existam contra-indicações, o padrão-ouro é o uso de aparelho de Pavlik.
> 14. Qual índice de cura quando o neonato é precocemente tratado?

De acordo com um estudo multicêntrico europeu, o índice de bons resultados de pacientes tratados com o aparelho Pavlik foi de 95,35% (Grill, F e cols. *The Pavlik harness in the treatment of congenital dislocating hip*: reporto a Muticenter Study of the European Paediatric Orthopaedic Society. J Pediatr Orthop. 1988. 8: 1-8).
15. As chances de cura efetiva diminuem, e os transtornos do tratamento aumentam na proporção do diagnóstico tardio? Sim.

Óbvio, portanto, a discrepância entre o tratamento ao qual a criança se submeteria se o diagnóstico da doença se desse logo após o nascimento e o tratamento a que se vem submetendo em razão do diagnóstico tardio.

Daí o nexo de causalidade entre a negligência e imperícia dos réus e os danos sofridos pela menor, impondo-se, no caso, as sanções da responsabilidade civil.

Assim, não restam dúvidas acerca da responsabilidade dos médicos, segundo e terceiro réus, em relação aos danos sofridos pelos apelantes, haja vista o que se extraiu dos autos e acima exposto.

Adiante, quanto à responsabilidade da primeira ré, Casa de Saúde Imaculada Conceição Ltda., obviamente que ela advém da responsabilidade objetiva em relação aos apelantes, haja vista a relação de consumo entre eles e a responsabilidade *in eligendum* em relação aos médicos que prestam atendimento em suas dependências, conforme pacífica jurisprudência. A propósito, *mutatis mutandis*:

REsp 1184128/MS:
1 - A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento [...].

Também nesse sentido é o entendimento desta 17ª Câmara Cível, como se vê a seguir:

Número do processo: 1.0699.03.021387-9/001 - Relatora: Márcia De Paoli Balbino.
- O hospital tem legitimidade passiva para responder pelos danos sofridos pelo paciente em razão de mau atendimento, inclusive quando o tratamento estiver coberto pelo SUS.
- O hospital, diante do contrato mantido com seu paciente, responde objetivamente pelos danos decorrentes do fato de o paciente não contar com a assistência suficiente durante parada respiratória pós-cirúrgica.
- O paciente que ficou com debilidade física e mental decorrente de negligência hospitalar sofre dano moral puro, devendo ser indenizado. Se, diante do quadro clínico, restar constatada necessidade de tratamento contínuo, o hospital deve arcar com tais gastos, e, se ficar impossibilitado de exercer função laborativa remunerada, deve ser pago pensionamento mensal para salvaguardar sua subsistência digna.

Mais, é de ver que, se na hipótese de culpa de médico preposto, sobrevém, simultaneamente, a responsabilidade objetiva do hospital, em cujas dependências o ato de culpa tenha tido lugar, *a fortiori*, essa mesma responsabilidade, por consequência, incide igualmente, e com mais razão, quando o médico é sócio-quotista do hospital, tal como se deu no caso presente.

Logo, inquestionável é a responsabilidade objetiva da Casa de Saúde, primeira ré, porque os pediatras Rildo Eustáquio da Costa e Antônio Carlos Silva Rezende atenderam à criança nas suas dependências, não eximindo essa responsabilidade o fato de tais médicos também serem seus sócios-quotistas (*vide* afirmação de f. 625).

Sobre o tema, veja-se a jurisprudência deste TJMG, *mutatis mutandis*:

AC 1.0024.05.823266-1/004.
Responsabilidade civil. Erro médico. Clínica. Legitimidade passiva. Prescrição. Art. 27 do CDC. *Dies a quo*. Dano moral. Ocorrência. Valoração. Seguro. Denunciação da lide. - No caso de ação de indenização decorrente de erro médico, onde a figura do profissional se confunde com a da própria clínica onde atua, da qual é sócio majoritário, esta apresenta legitimidade passiva para responder pela demanda do autor [...].

O argumento do hospital (*rectius*: Casa Saúde Nossa Senhora Conceição Ltda.), no sentido de que em nada interferia na ação dos médicos e, portanto, não lhe sobreviria responsabilidade, fica derruído nas palavras dos próprios médicos, aqui réus, na sua contestação, quando, à f. 669, ao dizerem que o pediatra assistente do parto teria feito os exames necessários, na infante, escreveram isto: "Como determina a praxe médica e do hospital, os recém-nascidos são examinados diariamente pelo mesmo pediatra que assistiu ao parto, até a sua alta".

Ora, ao confessar que havia uma determinação do hospital, os réus demonstraram o liame que a todos uniu no ato de culpa, traduzido na orientação que o hospital lhes determinava.

Debalde isso, frise-se, nem os réus médicos cumpriram a determinação, nem o hospital a fez cumprir, conforme denuncia o exame das provas, de modo que todos se houveram com negligência e todos são, assim, civilmente responsáveis.

Note-se ainda que a perícia oficial, à f. 1.365, assinalou que ambos os requeridos (*rectius*: os médicos) possuíam, naquela data, consultório dentro do hospital, fazendo parte do corpo societário.

A afirmação do perito, logo a seguir, ainda à f. 1.365, no sentido de que não existiam evidências de que a instituição exercesse interferência nas atividades dos médicos réus, cai por terra, nesse tópico específico, diante da própria confissão exposta na contestação dos médicos, acima referida, no sentido de que havia determinação orientadora do hospital.

De resto, o só fato de os médicos serem sócios-

quotistas do hospital, e ali, na época, terem seus consultórios médicos, já impõe a conclusão jurídica de que o hospital se inseria na cadeia de fornecimento dos serviços, nos termos do Código do Consumidor.

Os fatos somente se deram no próprio hospital em razão de os médicos serem seus sócios-quotistas, havendo, pois, uma convergência de vontades, na percepção da clientela, entre o hospital e seus sócios-quotistas. Além disso, os médicos só tinham consultório dentro do hospital porque eram seus sócios. Esse liame societário implicou o hospital na cadeia de fornecimento de serviços aos clientes de seus sócios.

Destinar consultórios a médicos sócios-quotistas é uma forma de possibilitar-lhes o exercício profissional dentro das dependências do próprio hospital. É uma concorrência de atitudes e de fatos que culmina na possibilidade do exercício médico. Essa sequência de concursos de vontades da estrutura societária, que compõe o hospital, irrecusavelmente, o cinge ao fornecimento dos serviços.

Finalmente, note-se na contestação do próprio hospital (Casa de Saúde Imaculada Conceição Ltda.), mais exatamente à f. 645, a seguinte confissão:

> Uma vez demonstrado que o hospital ofereceu todos os recursos adequados ao tratamento da paciente, como ocorre no caso dos autos, fica descartada qualquer hipótese de responsabilidade solidária ou objetiva do nosocômio.

A premissa de tal argumento é a negação da sua conclusão. Tal premissa é a confissão, e ela não descarta hipóteses nem da responsabilidade solidária, nem da objetiva.

Isso porque a confissão de oferecimento de "todos os recursos adequados ao tratamento da paciente" implicou a configuração do hospital como fornecedor de serviços. Óbvio que, entre tais serviços, se impunha o dever de diligência de verificar se os médicos estavam realmente efetivando os procedimentos que o mesmo hospital determinava, determinação essa referida pelos próprios médicos em sua contestação, como acima referido.

Ora, se está demonstrado que os médicos não efetivaram procedimentos adequados, óbvio que o hospital foi negligente na observância da real efetivação de suas próprias determinações.

Daí a culpa, também, do hospital, que, no caso presente, que envolve relação de consumo, exsurge como sendo o caso de responsabilidade objetiva.

Por fim, passo a examinar as sequelas que resultaram do tratamento tardio da criança, considerando, ainda, os procedimentos agressivos e traumáticos pelos quais ela foi obrigada a passar e que ainda passará até sua total recuperação, que, por si só, permitem a conclusão inequívoca acerca do grave abalo moral sofrido tanto por ela quanto por seus pais.

Tais sequelas, diga-se, ela carregará pela vida toda, impondo-lhe limitações para um desenvolvimento psiquicamente sadio e correlativo com sua cronologia.

A perícia oficial, à f. 1.348, disse isto:

> 33. A criança B., diante do seu quadro atual, poderá praticar esportes e desempenhar outras atividades físicas que exijam uso da articulação do quadril sem quaisquer restrições?
> Da forma em que ela se apresenta hoje, isto é pouco provável.

Adiante, complementou (f. 1.349):

> Conforme descrito no laudo, a periciada apresenta duas cicatrizes cirúrgicas no quadril esquerdo: a primeira, na região adutora com 3 centímetros de comprimento e a segunda, na região anterior com 17 centímetros. Também existe hipotrofia da coxa esquerda de 3,5 centímetros e encurtamento real do membro inferior esquerdo de 3,8 centímetros (medição clínica).

Disse ainda (f. 1.359/1.360):

> Atualmente, a periciada apresenta marcha claudicante à custa de encurtamento do membro inferior esquerdo e limitação funcional. Existem duas cicatrizes cirúrgicas no quadril esquerdo; a primeira, na região adutora com 3 centímetros de comprimento e, a segunda, na região anterior com 17 centímetros de comprimento [...].

Por fim, concluiu (f. 1.618):

> A periciada apresenta limitação dos movimentos do quadril esquerdo, o que a leva a claudicar. Analisando o quadro clínico, juntamente com suas radiografias mais recentes, nos leva a concluir, que determinadas atividades não poderão ser feitas por ela ou não recomendadas que faça, como, por exemplo, determinadas atividades físicas, como algumas das descritas acima: *ballet* e ginástica olímpica, entre outras (voleibol, futebol, basquetebol etc.). Atividades na água poderão ser feitas como recreação, mas não acredito como esporte de competição. Já atividades profissionais, que requerem longos períodos em pé, como algumas das descritas acima (odontologia, fisioterapia, cirurgia médica, professora), não podemos responder agora, visto que a mesma ainda está em tratamento e sem seu quadro final estabelecido.

Há, pois, correlação entre culpa e dano.

Partindo, pois, dessa premissa, e levando-se em conta a culpa dos outros réus, conforme se viu acima, não há como isentar a primeira ré, Casa de Saúde, da solidariedade em relação aos danos sobrevindos pelos fatos dos autos, convertidos nas indenizações para cuja fixação serão levados, em linha de conta, os danos materiais, morais e estéticos sofridos pelos autores (esses últimos exclusivos da primeira autora, correlatos ao "dote" requerido na inicial (f. 64).

Sobre o dote, veja-se o seguinte precedente:

> Dote e indenização por diminuição laboral em virtude de acidente por atropelamento. Crime e cível. - Estando compro-

vado em processo-crime a culpa do preposto da empresa ré, ao juízo do cível resta reconhecê-la. Dote e dano estético têm a mesma significação para fins de recebimento de dano moral. Pensão vitalícia pela diminuição laboral da autora, eis que as seqüelas, mesmo tratadas, permanecerão para sempre. Negaram provimento ao recurso (Apelação Cível nº 599048725 - 1ª Câmara Especial Cível do TJRGS - Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga - j. em 25.04.2000).

Adiante, sobre a possibilidade de cumulação de indenização por danos morais e estéticos, em casos como o dos autos, tal entendimento é pacífico, porque o ressarcimento pelos danos morais decorre, aqui, do sofrimento físico submetido à criança, por força do tratamento prolongado e doloroso, que a obriga a longos períodos de repouso absoluto, contrariando a natureza viçosa dos infantes e destruindo um espaço-tempo psicológico irrecuperável à infância, provocando, pois, danos morais e seu reflexo, com violação do patrimônio moral também dos pais, que, como naturalmente ocorre, teriam outra ideação e outros sonhos correlativos à mesma infância da filha e seu porvir.

Já os danos estéticos decorrem, naturalmente, da lesão corporal: as cicatrizes, o andar claudicante e o encurtamento do membro inferior esquerdo, vale dizer, a sua consequência estética, que, inclusive, como visto linhas acima, a acompanharão por toda vida. Esse dano atinge somente a infante.

A possibilidade de cumulação do dano moral e do dano estético é matéria sumulada pelo STJ, como se vê:

Súmula 387: 'É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral'.

Partindo dessas conclusões, entendo que os réus devem, solidariamente, pagar à autora B.C.P.C., a título de danos morais, o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e a título de danos estéticos, também a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Para a fixação desse montante, levei em conta, como parâmetro, julgamento anterior desta 17ª Câmara Cível (vide Apelação Cível nº 1.0433.08.256202-9/001) e, sobretudo, a especificidade do presente caso, que transfigurou, alterou e toldou o destino da infante.

Relativamente aos danos morais sofridos pelos pais da criança, também são patentes, diante da inquestionável ansiedade, angústia e incerteza em relação ao tratamento a que ela se submeteu, notadamente quando tomaram ciência de que a criança teria sequelas físicas definitivas.

Nesse cenário, estou que lhes cabe indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00 para cada um, levando em conta o alcance desses danos, a serem suportados, também solidariamente, pelos réus.

Assinalo, ainda, que, na fixação dos valores dos danos morais, levei em conta o fato de que dois dos réus são médicos eminentes, sócios-quotistas da Casa de Saúde, e, assim, com evidente capacidade financeira.

Essa capacidade também se identifica na pessoa jurídica da Casa de Saúde.

O montante dos danos morais, no caso, não é vultoso e se situa em valor razoável, porque tal valor, nas circunstâncias do caso, não pode ser incapaz de convalescer a violação do patrimônio moral. Se é que pecúnia é hábil a tanto. Na verdade é mero lenitivo.

Quanto aos danos materiais requeridos pelos autores S.C.C. e V.C.P.C., ligados às despesas com o tratamento da filha, acolho o pedido, salientando, contudo, que o valor devido será apurado em liquidação de sentença, computando-se as despesas totais com os tratamentos e procedimentos necessários em prol da criança, até alta médica definitiva, bem como gastos com viagens, hotéis e alimentação, inclusive dos pais, tal como concedido na tutela antecipada, que ora se reinstaura.

Nessa apuração, devem ser consideradas as despesas efetivamente comprovadas, com o decote daquelas já cobertas pelos réus, tudo conforme prova documental já juntada nos autos e, também, conforme outros documentos que vierem a ser juntados.

Relativamente aos lucros cessantes requeridos pela autora V.C.P.C., também entendo que eles são devidos, porque o perito oficial afirmou à f. 1.350 do laudo (tópico não verberado pelos réus) que a mãe da autora é psicóloga e que trabalha sozinha, além de ter dito que, para acompanhar a filha em todas as situações de seu tratamento, ela, V.C.P.C., viu-se impedida de exercer sua profissão (*vide* quesitos 36 a 38).

Assim, sendo fato que a mãe da criança se viu impedida de trabalhar para acompanhá-la no tratamento, faz ela jus aos lucros cessantes, que, no caso, deverão ser apurados em liquidação de sentença, por arbitramento, ou, se necessário, por artigos.

Com tais razões, dou provimento à primeira apelação e julgo procedentes os pedidos.

Condeno os réus, solidariamente, a pagar à primeira autora, B.C.P.C., indenização no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de danos morais e, mais, indenização no valor R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de danos estéticos, com juros de mora a partir da citação, haja vista a relação contratual entre as partes, e correção monetária a partir da publicação deste acórdão.

Condeno os réus, solidariamente, a pagar aos segundo e terceiro autores, S.C.C. e V.C.P.C., indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um, com juros de mora a partir da citação, haja vista a relação contratual entre as partes, e correção monetária a contar da publicação deste acórdão.

Condeno, ainda, os réus, solidariamente, a pagar aos autores, S.C.C. e V.C.P.C., a título de indenização por danos materiais, todas as despesas ligadas ao tratamento da filha, comprovadas nos autos, e que vierem a

se comprovar, ao longo do tratamento, até a definitiva alta médica, cujos montantes serão sucessiva e continuamente apurados sob crivo judicial, tal como definido na antecipação de tutela anteriormente deferida, computando-se as despesas totais com os tratamentos e procedimentos necessários em prol do restabelecimento da criança, até alta médica definitiva, bem como gastos com viagens, hotéis e alimentação, inclusive dos pais, tal como concedido na tutela antecipada, aqui convalidada, porque aqui restauro a antecipação da tutela nos termos e limites daquela que anteriormente deferira e que foi cassada pela sentença.

Fica claro que, com o acolhimento da apelação dos autores, na sua totalidade, restauro, aqui, a antecipação da tutela, nos exatos termos e limites daquela anteriormente deferida, haja vista que, nas razões de apelação, à f. 2.300, os autores, ali apelantes, requereram a integral reforma da sentença "[...] para o fim de julgar totalmente procedentes os pedidos formulados na inicial [...]", sendo de observar que entre tais pedidos, da petição inicial (f. 64), figura a postulação de antecipação da tutela.

Fica claro que a condenação compreende, ainda, as despesas futuras, com o tratamento, até a alta médica definitiva. Tudo com as devidas prestações de contas nos autos.

Nessa apuração, devem ser consideradas as despesas efetivamente comprovadas, com o decote daquelas já cobertas pelos réus, tudo conforme prova documental já juntada nos autos e, também, conforme outros documentos que vierem a ser juntados na fase de liquidação de sentença.

Sobre o valor devido, eventualmente remanescente, deverão incidir juros de mora a partir da citação e correção monetária a partir do desembolso de cada despesa, tudo conforme se apurar.

Determino que os réus constituam capital para garantir o pagamento das despesas com o tratamento da infante, nos termos da Súmula 313 do STJ, que assinala:

> 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.

Finalmente, condeno os réus, solidariamente, a pagar à autora V.C.P.C. lucros cessantes consubstanciados na paralisação de suas atividades laborais, como psicóloga, durante o tratamento da filha B.C.P.C., que deverão ser apurados em liquidação de sentença por arbitramento ou, se necessário, por artigos, recaindo sobre o valor apurado correção monetária, desde quando a autora deixou de auferir seus rendimentos, em razão da doença da filha, e juros de mora a partir da citação.

Custas pelos réus e honorários, estes de 20% sobre o total da condenação, também solidariamente.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - De acordo com o Relator.

DES. PEDRO BERNARDES - Fiz detido exame dos autos ante a gravidade da questão discutida e o enorme conjunto probatório e cheguei à mesma conclusão do em. Relator, de modo que me ponho integralmente de acordo com as conclusões de S.Exa.

DES. LUCIANO PINTO - Da segunda apelação (primeira ré).

Dou por prejudicada a apelação da primeira ré porque sua matéria versa a majoração dos honorários fixados na sentença, que julgou improcedentes os pedidos, contudo, a sentença foi reformada por este acórdão, com a procedência dos pedidos, de modo que a sucumbência recaiu somente sobre os réus, conforme fixado acima.

DES.ª MÁRCIA DE PAOLI BALBINO - De acordo com o Relator.

DES. PEDRO BERNARDES - Também estou de acordo e, tendo em vista a relevância da matéria aqui discutida, a excelência do voto do em. Relator que, em dezenas de páginas, bem examinou o direito aplicado à espécie, citando, inclusive, doutrina estrangeira e objetivando contribuir para a formação da jurisprudência, determino que seja publicado na revista de julgados deste Tribunal.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR DE SUSPEIÇÃO, LEVANTADA EM CONTRARRAZÕES. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. REJEITARAM A PRELIMINAR DE EXCLUSÃO DO APELADO RILDO EUSTÁQUIO DA COSTA. NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E JULGARAM PREJUDICADA A SEGUNDA.

...

Alvará de funcionamento - Estabelecimento comercial - Medida cautelar incidental - Cabimento - Ausência de dano grave e iminente à saúde pública - Princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Aplicação - Impossibilidade jurídica do pedido - Ingerência do Poder Judiciário - Ato próprio da Administração Pública - Ilegalidade - Cessação - Possibilidade de exame

Ementa: Agravo de instrumento. Ação ordinária. Medida cautelar incidental que suspendeu a decisão que inter-

ditou o funcionamento de estabelecimento comercial. Alvará de Licença e Funcionamento. Ausência de dano grave e iminente à saúde pública. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade inobservados. Manutenção da decisão de primeiro grau.

- Mostra-se correta a concessão de medida cautelar incidental em ação ordinária que, em juízo de cognição sumária, não vislumbrando dano grave e iminente à saúde pública oriundo de possível irregularidade nas instalações, suspende a interdição de estabelecimento comercial imposta pela Administração Pública com respaldo em seu poder de polícia, mas que, contudo, fere os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.10.204218-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Município de Belo Horizonte - Agravada: Pastelaria Marília de Dirceu Ltda.- ME - 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 da Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2011. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Conheço do recurso, por estarem reunidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Belo Horizonte contra a decisão de primeiro grau de f. 167, que, nos autos da Ação Ordinária com Pedido de Antecipação de Tutela ajuizada por Pastelaria Marília de Dirceu Ltda.-ME, deferiu medida cautelar incidental, a teor do art. 273, § 7º, do CPC, "a fim de autorizar a manutenção das atividades da requerente até o julgamento de mérito desta ação".

Sustentou o recorrente, em síntese, que

> as alegações e os documentos ora trazidos demonstram a ausência de qualquer ilegalidade praticada pelo Agravante, porque, segundo o disposto no art. 227 da Lei Municipal nº 8.616/03, o exercício de atividade não residencial depende de prévio licenciamento, ou seja, para o funcionamento de um estabelecimento é necessário que se adquira o alvará de localização e funcionamento adequado às atividades realizadas (f. 26),

requerendo a concessão de efeito suspensivo e, por fim, o provimento do recurso.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (f. 302/303).

Contraminuta às f. 307/319.

Informações do douto juízo singular à f. 321.

Inicialmente, no que tange ao pedido de impossibilidade jurídica do pedido suscitado pelo recorrente, ao argumento de que o requerimento formulado pela autora enseja a ingerência do Poder Judiciário em ato próprio da Administração Pública, já que requerem a expedição do Alvará de Localização e Funcionamento, registro que tal arguição deve ser levantada em primeiro grau, valendo registrar que, nesta oportunidade processual, a princípio não verifico a ausência de condição da ação, tendo em vista que ao Poder Judiciário compete fazer cessar ilegalidades e, verificando que o ato da Administração Pública de não conceder a licença é ilegal, pode e deve determinar que seja expedido o alvará. Feitas essas considerações, passo à análise das questões debatidas meritoriamente.

Revelam os autos que Pastelaria Maria de Dirceu Ltda.-ME ajuizou Ação Ordinária com Pedido de Antecipação de Tutela em face do Município de Belo Horizonte, alegando que, a despeito de estar em funcionamento desde 15.8.92, teve negada a renovação de licença, com expedição de Alvará de Localização e Funcionamento, tendo em vista parecer desfavorável emitido pela Secretaria Municipal Adjunta do Meio Ambiente. E, ainda, para

> que dúvida alguma pudesse pairar acerca da regularidade e adequação de suas instalações, submeteu-se a autora a uma meticulosa inspeção e limpeza do sistema de exaustão, levado a cabo pela empresa 'Apuro Limpeza Conservação de Ambientes Ltda.' que instalou uma série de equipamentos objetivando a melhoria - se é que isto era possível - e aperfeiçoamento da estrutura física do local (f. 42),

tendo obtido também laudo do Corpo de Bombeiros do Estado de Minas Gerais, protocolizando, por isso, novo pedido de licenciamento, que lhe foi negado, ensejando a interposição de novo recurso, que se encontra em tramitação.

Sustentou que foi surpreendida, no dia 8.9.2010, com uma notificação para encerrar as atividades, em virtude de estar funcionando sem Alvará de Localização e Funcionamento, o que não pode prevalecer, já que

> satisfeitos todos os requisitos e exigências solicitadas, resta manifestamente incontroverso que a autora está sofrendo violação em seu direito por ato de ilegalidade e abuso de poder por parte da Municipalidade, a quem compete a expedição da licença rogada (f. 47).

Requereu a concessão de antecipação da tutela,

> a fim de manter em funcionamento o estabelecimento comercial demandante, determinando-se à ré que se abstenha de adotar quaisquer medidas constritivas ou atos sancionatórios contra si, relativamente ao Alvará de Localização e Funcionamento discutido, até o julgamento final deste feito (f. 56).

A Magistrada singular deferiu "medida cautelar incidental, a teor do art. 273, § 7º, do CPC, a fim de autorizar a manutenção das atividades da requerente até o julgamento de mérito desta ação" (f. 167), ao fundamento de que

> a requerente é empresa regularmente constituída e em exercício há vários anos, de modo que a cessação de suas atividades a expõe, induvidosamente, aos danos correspondentes. Conforme a documentação carreada aos autos, são pequenas as pendências relatadas pelo requerido e elas não se referem à segurança, à salubridade na manipulação ou conservação dos alimentos, nem em situação contrária às normas sanitárias (f. 167),

o que motivou o presente recurso.

Inicialmente, cumpre estabelecer que, apesar de guardar semelhança com a medida cautelar, a antecipação de tutela difere desta, pois os objetivos de cada um destes institutos são distintos, prestando-se a cautelar a garantir e dar segurança ao provimento final do processo, dando-se, desta forma, a efetividade do exercício do poder jurisdicional.

Veja-se a respeito o pronunciamento de Reis Friede:

> Neste diapasão, deve ser registrado, de forma contundente, procurando restabelecer o parâmetro do necessário rigor técnico, que a denominada tutela antecipada, em nenhuma hipótese, se coaduna com as características e os objetivos próprios e específicos (e, em certo aspecto, limitados) da tutela cautelar, restritos, em última análise, a uma forma jurisdicional extensiva que visa assegurar a plena efetividade da tutela jurisdicional de conhecimento (antecipada ou não) (*Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. Editora Del Rey, 4. ed., p. 38).

Com efeito, segundo a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Fungibilidade. Cautelar incidental. Quando o autor fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência requerida tiver natureza cautelar, não se pode indeferir o pedido de tutela antecipada por ser inadequado. Neste caso, o juiz poderá adaptar o requerimento e transformá-lo de pedido de tutela antecipada em pedido de cautelar incidental. Deve, portanto, receber o pedido como se fosse cautelar. Anote-se que os requisitos para obtenção de tutela antecipada são mais rígidos do que os necessários para obtenção de tutela cautelar. Assim, só poderá ser deferida a medida cautelar se estiverem presentes os requisitos exigidos para tanto (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) (*Código de Processo Civil Comentado*. Ed. Revista dos Tribunais, 9. ed., 2006, p. 460).

Certo é que, após a entrada em vigor da Lei 10.444/2002, que acrescentou ao art. 273 do CPC o parágrafo 7º, passou-se a permitir que,

> se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado,

uma vez que, como cediço, o nosso sistema processual civil se pauta pelo princípio da instrumentalidade das formas.

Destarte, o processo não é um fim em si mesmo, sendo apenas um meio utilizado pelo direito vigente para que esse tenha curso e aplicação justa - quando este escopo não é cumprido espontaneamente pelas partes -, servindo, portanto, como um instrumento para fazer valer o direito. Assim, não se justifica a superposição das formas, cabendo sempre adaptações nos procedimentos quando não restarem desnaturados os institutos envolvidos.

No caso em análise, a Magistrada singular indeferiu o pedido de antecipação de tutela, deferindo, contudo, medida cautelar incidental, para permitir a continuidade das atividades da empresa agravada, que foi notificada, em 8.9.10,

> para encerrar as atividades deste estabelecimento, por estar funcionando sem Alvará de Localização e Funcionamento, ou com o alvará vencido, conforme determina o art. 227, *caput*, e § 2º da Lei 8616/03, alterada pela Lei 9845/10, regulamentada pelo Decreto 14060/10, art. 2º, II, e art. 137 (f. 93),

o que se mostra adequado em face do pedido.

Feitas essas considerações, analiso a questão de fundo, salientando que, nesse aspecto, necessário é trazer a lume os dispositivos do Código de Posturas do Município de Belo Horizonte:

> Art. 227 - O exercício de atividade não-residencial depende de prévio licenciamento.
> § 1º - A atividade a ser desenvolvida deverá estar em conformidade com os termos do documento de licenciamento, dentre eles os referentes ao uso licenciado, à área ocupada e às restrições específicas.
> § 2º - O documento de licenciamento terá validade máxima de 5 (cinco) anos.

E, ainda:

> Art. 307 - O cometimento de infração implicará a aplicação das seguintes penalidades:
> I - notificação;
> II - multa;
> III - apreensão de produto ou equipamento;
> IV - embargo de obra ou serviço;
> V - cassação do documento de licenciamento;
> VI - interdição da atividade;
> VII - demolição.

Analisando as normas transcritas, faz-se necessário enquadrar a questão fática, a fim de se apurar se há dano grave e iminente à saúde pública e ao ambiente, decorrente da verificação da possível irregularidade cometida pela recorrida, ausência de Alvará de Localização e Funcionamento, que se mostrasse capaz de autorizar de plano a interdição imediata do estabelecimento comercial, com embasamento nos arts. 227 e 307 da legislação apontada.

Pela análise do caderno processual, verifica-se que o indeferimento do Alvará de Localização e Funcionamento pela Prefeitura Municipal se embasou em parecer da Secretaria de Meio Ambiente, datado de 18 de junho de 2010, que atestou não reunir a empresa as necessárias condições ambientais, determinando que caberia ao empreendedor seguir as recomendações, *verbis*:

> Dotar as fontes de poluição do ar de dispositivos eficientes de controle dos inconvenientes que possam advir da emissão de gases, odores ou outras substâncias nocivas ou prejudiciais à vizinhança [...]. Se for o caso, instalar sistema de pós-filtragem dos gases exauridos pelo(s) sistema(s) de exaustão, destinado à retenção de substâncias odoríferas.
> Reposicionar os dutos do sistema de exaustão, de forma que a dispersão dos efluentes atmosféricos não cause incômodos.
> Proceder a limpeza e manutenção periódica do sistema de controle da poluição adotado [...].
> As emissões de sons, ruídos e vibrações em decorrência das atividades exercidas pela empresa deverão obedecer aos padrões e critérios estabelecidos pela Lei 9505/08 [...].
> Apresentar novo Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros (AVCB), com validade renovada, certificando que a instalação possui as condições de segurança contra incêndio e pânico, previstas na legislação (f. 208).

Ocorre que a Pastelaria Marília de Dirceu, após ter sido indeferido o pedido de alvará, realizou a manutenção (instalação de filtros retentores de gordura) do sistema de exaustão (f. 67), bem como requereu, junto ao Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais, formulário de segurança contra incêndio e pânico (f. 34/35).

Assim, apesar de a expedição do alvará de funcionamento significar forma de exteriorização do Poder de Polícia inerente à Administração, tendo em vista as exigências do serviço público e os interesses da coletividade, não pode a mesma, todavia, agir em desconformidade com o ordenamento jurídico constitucional, que assegura ao administrado o direito de ampla defesa em regular processo administrativo.

Com efeito, o princípio do devido processo legal, como disposto no art. 5º, incisos LIV e LV, do Texto Maior, determina que ninguém poderá ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, no qual é assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa, com meios e recursos apropriados, seja judicialmente ou administrativamente.

In casu, a alegação de que a interdição do estabelecimento da autora, ora agravada, estaria em conformidade com o poder de polícia é, na verdade, um meio coativo que interfere radicalmente na liberdade do exercício de atividade mercantil, razão pela qual se impõe à Administração Pública agir com a devida cautela, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a não extrapolar os meios necessários à obtenção do resultado almejado, sob pena de agir de forma abusiva e arbitrária.

Sobre o princípio da razoabilidade, Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua respeitada obra *Curso de Direito Administrativo* (19. ed., p. 97) assevera:

> Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discrição) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que valize previamente condutas desarrazoadas, pois isso corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito.

Em relação ao princípio da proporcionalidade, preleciona com o mesmo rigor técnico:

> Este princípio enuncia a ideia - singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem ser válidas se exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhe corresponderiam.

Por tais motivos, a decisão recorrida não merece censura, pois que, como bem estabelecido pela d. Magistrada *a quo*, uma das mais brilhantes da Judicatura Mineira, a interdição do estabelecimento restou por ferir os princípios citados, por ser medida desproporcional e desarrazoada à alegada irregularidade.

Assim, o *fumus boni juris* fica demonstrado pelo impedimento da manutenção das atividades da empresa, quando não se há de falar em risco inerente à saúde pública, tampouco às normas ambientais, na medida em que a empresa vem tomando medidas técnicas a fim de minimizar os poluentes decorrentes da sua atividade, sendo, ainda, de se frisar que a localidade em que está instalada é comercial, não me parecendo crível, no per-

tinente à poluição sonora, que seja a única responsável pelos ruídos que incomodam a vizinhança.

O *periculum in mora* também restou amplamente comprovado, uma vez que a cassação das atividades da agravada, que labora no comércio de produtos alimentícios, poderá lhe acarretar prejuízos de grande monta.

Nesse sentido, as decisões desta Corte de Justiça:

> Ementa: Mandado de segurança. Posto de venda de combustíveis. Atividade exercida há quase quatro décadas. Aquiescência e fiscalização pelo poder público. Alvará de localização e funcionamento. Licença ambiental. Emissão condicionada à retificação de área do imóvel. Ação ajuizada, ainda em trâmite. Recursos administrativos pendentes de julgamento. Interdição do estabelecimento. Sanção desarrazoada. Medida drástica. Afronta ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Ofensa a direito líquido e certo. Correção mandamental que se impõe. Recurso provido. A demora do trâmite processual não pode alcançar o administrado, atribuindo-lhe, em razão desse pesado fardo, vultosos prejuízos, mediante o nefasto abalo na sua imagem e competitividade mercadológica. A drástica interdição do estabelecimento representaria, em verdade, seu fechamento definitivo, não se podendo olvidar que 'os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa' configuram princípio da República Federativa do Brasil e fundamento do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica. A interdição, consideradas as evidências e circunstâncias dos autos, revela afronta à razoabilidade, restando preterida a proporcionalidade entre as condutas administrativa e empresarial, posto que o administrado atua no mercado há quase quatro décadas, sob aquiescência e fiscalização do Poder Público, tendo adotado as providências administrativo-judiciais que lhe competiam. (Apelação Cível nº 1.0024.07.575113-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Posto França Campos Ltda. - Apelado: Município Belo Horizonte - Autorid Coatora: Gerente Reg Fiscalização Urbanística Ambiental Oeste Mun Belo Horizonte, Secretario Mun Adjunto Regulação Urbana Belo Horizonte - Relator: Exmo. Sr. Des. Nepomuceno Silva.)

> Ementa: Administração Municipal. Centro Universitário. Falta de Alvará de Localização e Funcionamento. Determinação de encerramento das atividades. Recurso administrativo pendente. Afronta aos princípios basilares da defesa e do contraditório, da razoabilidade e da proporcionalidade. Revela-se indevida a determinação da Administração Municipal de encerramento das atividades de Escola (Centro Universitário) de ensino médio e superior por falta de alvará de localização e funcionamento antes do julgamento de recurso administrativo em trâmite, medida drástica que vai atingir direitos de terceiros e o ensino ali ministrado, por afrontar os princípios basilares da defesa e do contraditório e, em razão das circunstâncias, ainda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.05.580689-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Jd 2 V Faz Mun Comarca Belo Horizonte - Apelante: Município Belo Horizonte - Apelada: Fundac BH - Fundação Cultural Belo Horizonte - Autorid Coatora: Gerente Reg Fiscalização Urbanística Ambiental Oeste Mun Belo Horizonte - Relatora: Exm.ª Sr.ª Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade.)

Dessa forma, presentes os pressupostos autorizadores da medida liminar, deve ser desprovido o agravo de instrumento, mantendo-se a decisão agravada.

Custas recursais, pela agravante, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES VIEIRA DE BRITO e BITENCOURT MARCONDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Inventário - Permissão de serviço público - Exploração de serviços de táxi - Valor econômico - Transferência a herdeiros - Inclusão na partilha - Possibilidade - Art. 32 da Portaria DPR nº 033/2005 da BHTrans

Ementa: Inventário. Prestação de contas determinada mas não cumprida. Permissão administrativa de exploração do serviço de táxi. Inclusão na partilha. Possibilidade, pelo valor econômico, embora a natureza precária da permissão. Admissão, pela BHTrans, da estabilidade das permissões anteriores a 1988.

- A permissão administrativa, conquanto de natureza precária e *intuitu personae*, vem tendo tais atributos relativizados nas hipóteses em que a prestação do serviço perdure por muito tempo e que tenha exigido investimento considerável do permissionário.

- Polêmica a matéria, este Tribunal vem, contudo, reconhecendo a estabilidade da relação jurídica existente entre aquele que explora o serviço de táxi e o valor do investimento realizado para a exploração do serviço, devendo-se, *ipso facto*, reconhecer natureza patrimonial à permissão, permitindo a sua transferência a herdeiros. E assim se vem decidindo porque, nos termos do disposto no art. 32 da Portaria DPR nº 033/2005 da BHTRANS, o Poder Público autoriza, no Município de Belo Horizonte, a transferência da permissão de táxi aos herdeiros do permissionário, limitada, embora, às hipóteses em que tenha sido a permissão outorgada antes da Constituição Federal de 1988.

- O STJ tem precedentes semelhantes, e (por todos) cita-se: "Recurso especial. Partilha. Permissão de transporte coletivo. Bem economicamente apreciável, embora fora do comércio. 1. As permissões de transporte coletivo, embora estejam fora do comércio, são diuturnamente comercializadas, por quantias elevadas. Têm, portanto, valoração econômica. 2. Se há valoração econômica para o bem, é legítima a sua inclusão em partilha, sob pena de prejuízo ao integrante do casal que contribuiu para a aquisição da permissão e enriquecimento daquele que detém em seu nome o registro" (REsp

687036/RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros - Terceira Turma, j. em 19.09.2006, data da publicação/Fonte: *DJ* de 23.10.2006, p. 303, *RJTJRS* v. 263, p. 31).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.737788-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Ana Paula Lourenço e outro - Apelado: Espólio de José Lourenço, representado pelo inventariante Márcio José Lourenço - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 29 de março de 2011. - *Wander Marotta* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDER MAROTTA - Ana Paula Lourenço e Paulo José Lourenço interpõem apelação contra a r. sentença que homologou a partilha dos bens deixados pelo Espólio de José Lourenço.

Afirmam, em síntese, ter sido o ilustre Juiz levado a erro, "[...] haja vista que os bens partilhados no respectivo processo de inventário não foram totalmente relacionados pelo inventariante", este que deixou de prestar contas do novo veículo táxi adquirido em substituição ao antigo, placa GWV-0365, e que teve sua alienação autorizada pelo Juízo, como se verifica do alvará constante dos autos. Quando da sua aquisição, este bem deveria ter sido arrolado no inventário, bem como o direito de permissão nº 3.049-1, tendo o inventariante, ainda, deixado de prestar contas dos valores auferidos com a exploração do táxi desde a morte do *de cujus*, impondo-se, assim, a anulação ou reforma da sentença para que seja determinado ao inventariante o arrolamento do novo veículo táxi e do direito de permissão 3.049-1, bem como a prestação de contas de todos os valores recebidos pela exploração deste serviço - desde o óbito do inventariado até os dias atuais - sob pena de ser destituído do cargo.

Conheço do recurso.

O exame dos autos mostra que Márcio José Lourenço requereu, em 02.5.2005, a abertura do inventário de seu pai, José Lourenço, falecido em 25.3.2005 (f. 2). O *de cujus* era, ao tempo da morte, casado com Maria Lourenço, tendo deixado, ainda, outra filha, Andréia José Lourenço (f. 3), e mais um filho, Paulo Roberto Lourenço, falecido em 12.3.2003 (f. 42). Este filho, Paulo, a seu turno, deixou também dois filhos: Ana Paula Lourenço e Paulo José Lourenço, aqui apelantes (f. 42).

Em 23.6.2005 requereu o inventariante a expedição de alvará para providenciar a "renovação da licença de concessão para utilização do veículo táxi placa GWV-0365", informando ser o número da permissão para a licença 3.049-1 (f. 9/11 e 14/15).

O pedido foi deferido (f. 26/29) e em 11.4.2008 esclareceu o inventariante que, na verdade, deveriam ser expedidos dois alvarás: um para a renovação da licença e outro para autorizar a transferência da licença para outro carro (f. 51/52), assim sendo atendido (f. 55/56).

Os recorrentes só foram chamados aos autos após a venda do veículo placa GWV-0365, tendo solicitado, em 6.4.2009, que fosse o inventariante intimado a "[...] prestar contas dos valores recebidos a título da alienação do veículo de aluguel de placa GWV-0365", e, também, do novo veículo adquirido no lugar do que fora alienado; e, mais, de "[...] todos os valores auferidos com a renda do veículo táxi, desde a época da abertura do inventário até a presente data, sob pena de, não o fazendo, ser destituído do cargo de inventariante" (f. 86/87).

O Ilustre Juiz deferiu o pedido determinando a intimação do inventariante para prestar contas, em 15 dias, "[...] nos termos e como requerido às f. 86/87" (f. 88).

Estas contas, contudo, não foram apresentadas. Apresentou-se, em seu lugar, o plano de partilha. Deste último consta, na verdade, o automóvel Fiat Siena, ano 2006/2007, que se "originou da venda de um outro táxi [...] placa GWV-0365, permissão 3.049-1, avaliado em R$24.500,00" (f. 90), não constando do plano de partilha, contudo, a permissão 3.049-1.

O Magistrado determinou, então, que se procedesse a nova intimação do inventariante para que prestasse as contas determinadas no despacho de f. 88 (f. 118), tendo sido prestadas as contas apenas quanto aos valores relativos à venda do automóvel, não incluindo os valores referentes à permissão e exploração da licença do táxi (f. 119).

E, apesar do despacho de f. 120, não foram os recorrentes intimados da prestação de contas efetuada pelo inventariante.

Assim, segundo penso, deve ser dado provimento à apelação para que seja acolhido o pedido contido no item *c* de f. 128, determinando-se ao inventariante, no prazo de 15 dias (contados da intimação deste acórdão) que promova a prestação de contas de todos os valores recebidos pela exploração de táxi desde a época do falecimento do inventariado até os dias atuais, sob pena de remoção do cargo, como requerido no item *d*. O pedido de depósito dos valores devidos aos apelantes deverá ser apreciado pelo MM. Juiz, após apresentadas as contas devidas.

Ressalto que o pedido de prestação de contas já foi deferido, à f. 88, não tendo o inventariante, contudo,

apresentando as contas relativas à permissão do veículo de aluguel. Observe-se, ainda, que contra a decisão de f. 88, prolatada em 1°.7.2009, o apelado não interpôs, à época, qualquer recurso.

Passo a apreciar, agora, o pedido para que a permissão da licença de táxi seja arrolada no inventário.

A questão não é pacífica.

A pergunta que se faz é: tratando-se de permissão (ato precário, de direito administrativo) é ela passível de sucessão? Em tese, rigorosamente, não. Morto o permissionário, a permissão deveria ser tida por extinta. Mas a prática que se verifica em Belo Horizonte é outra: a BHTrans considera a permissão como um bem passível de ser transferido, cedendo a pressão (legítima) dos permissionários. Tanto é assim que, mesmo falecido o permissionário, a licença continua com o inventariante. Há uma ação civil pública em curso (proposta pelo MP) para obrigar a licitar (embora sem solução, ainda, na 5ª Vara da Fazenda).

O que se questiona, agora, é se esta permissão deveria ter sido arrolada nos autos do inventário.

A meu ver sim; afinal, a permissão possui valor econômico, de mercado, não sendo justo que um herdeiro seja com ela beneficiado, isto em detrimento dos demais.

No âmbito deste inventário deve ser solvido o problema das partes, não a questão de direito administrativo, acerca da sobrevivência da permissão em caso de morte do permissionário, este que deve encontrar solução na via própria e já em curso.

Aliás, a possibilidade de transferência da permissão para a exploração de táxi foi expressamente admitida pela BHTrans, ao editar a Portaria 033/2005, cujo artigo 32 apresenta o seguinte teor:

> Art. 32 - Os permissionários cujas permissões forem outorgadas antes da Constituição de 1988 e que foram transferidas após 08.06.2001 poderão cadastrar um condutor auxiliar em caráter regular desde que seja cônjuge, filho, pai ou irmão, nos dois primeiros anos após a transferência.
> § 1° - Findo o período definido no *caput* deste artigo não mais será exigida a condição de parentesco para o cadastro de condutor.
> § 2° - Em caso de doença temporária que impeça os permissionários definidos no *caput* deste artigo de dirigir será desconsiderada a exigência de parentesco nos dois primeiros anos após a transferência.
> § 3° - Em caso de transferência entre cônjuges, pais e filhos e por sucessão judicial não será exigida a condição de parente.

Da leitura do ato normativo citado retira-se que a BHTrans admite a possibilidade de transferência da permissão para explorar serviço de táxi, o que revela a sua natureza patrimonial - devendo ser a referida permissão, desta forma, incluída na partilha, como querem os apelantes.

Mutatis mutandis:

Recurso especial. Partilha. Permissão de transporte coletivo. Bem economicamente apreciável, embora fora do comércio.
1. As permissões de transporte coletivo, embora estejam fora do comércio, são diuturnamente comercializadas, por quantias elevadas. Têm, portanto, valoração econômica.
2. Se há valoração econômica para o bem, é legítima a sua inclusão em partilha, sob pena de prejuízo ao integrante do casal que contribuiu para a aquisição da permissão e enriquecimento daquele que detém em seu nome o registro (REsp 687036/RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. em 19.09.2006, data da publicação/Fonte: *DJ* de 23.10.2006, p. 303, *RJTJRS* vol. 263, p. 31).

Administrativo. Permissão. Delegação de serviço público. Transporte alternativo no distrito federal. Legislação local e federal. Transferência da delegação por sucessão *causa mortis*. Possibilidade. Termo *ad quem* do ato permissionário. Ausência do caráter perpétuo em face da própria natureza do ato. Inexistência de renovação. Recurso improvido.
1. Permissão é ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o particular execute serviço de utilidade pública ou utilize bem público de forma exclusiva.
2. Existe a possibilidade, como bem sinaliza do Decreto Distrital n. 17.045/95, em seu art. 12, parágrafo único, inciso II, de transferência da delegação do serviço público aos herdeiros do permissionário do serviço de transporte alternativo do DF.
3. Regramento estipulado pelo DF a serviço de direito local, com obediência às normas gerais da União. Possibilidade.
4. Tendo expirado, em 11.06.2004, todavia, o ato permissionário, e inexistindo nos autos notícia de sua renovação, inexiste direito líquido e certo a amparar.
Recurso ordinário improvido (RMS 22677/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, *DJ* de 20.03.07).

Agravo de instrumento. Inventário. Bem. Avaliação. Valor real. Igualdade entre os herdeiros. - Em função do longo decurso de prazo da anterior avaliação, não há qualquer ilegalidade a que o julgador, nos autos de inventário, onde há, inclusive, interesses de incapaz, determine a realização de nova avaliação, de modo a garantir a igualdade entre os herdeiros. Improcede o argumento de que placa de permissão de táxi não tenha conteúdo econômico ou que esse seja irrisório. Se o agravante usufruiu, por anos a fio, dos rendimentos dessa permissão, nada mais justo que indenize aos demais herdeiros seus respectivos quinhões, com base no real e efetivo valor de mercado do bem (TJMG, Agravo n° 1.0024.92.845298-6/001, Comarca de Belo Horizonte, Relator Des. Edivaldo George dos Santos, Sétima Câmara Cível, j. em 23.8.2005- v.u.).

Inventário. Permissão da exploração do serviço de táxi. Transferência aos herdeiros. Possibilidade. Conquanto a permissão tenha natureza precária e *intuitu personae*, tais atributos vêm sendo relativizados nas hipóteses em que a prestação do serviço já perdure por bastante tempo e que tenha exigido do permissionário investimento considerável. Reconhecida a estabilidade da relação jurídica havida entre aquele que explora o serviço de táxi e o valor do investimento realizado para a exploração do serviço, deve-se reconhecer natureza patrimonial à permissão, permitindo-se a sua transferência aos herdeiros. Recurso provido (TJMG, Apelação Cível n° 1.0024.09.634589-7/001, Comarca de Belo Horizonte, Relatora Des.ª Heloisa Combat, 7ª Câmara Cível, j. em 6.10.2009, v.u.).

Agravo de instrumento. Permissão de serviço de táxi. Transmissão para os herdeiros. Possibilidade. Autorização da BHTrans.
Apesar do caráter precário e *intuitu personae* do instituto, admite-se, em determinadas hipóteses, o reconhecimento da estabilidade do ato de permissão, principalmente quando considerado o caráter monetário e a incorporação da exploração do serviço ao patrimônio jurídico do permissionário. A BHTrans admite a transmissão, para os herdeiros do permissionário, do ato de permissão para a exploração do serviço de táxi na Capital. Recurso conhecido e provido (Agravo de Instrumento n. 1.0024.08.935148-0/001, Terceira Câmara Cível, Rel. Des.ª Albergaria Costa, *DJ* de 21.10.08).

Permissão de prestação de serviço de táxi. Concessão anterior à Constituição de 1988. Cancelamento por ordem do juiz da sucessão. Incompetência. Possibilidade de sucessão da permissão.
1 - O Juízo da sucessão não tem poderes para determinar, nos autos do inventário, a requerimento do Ministério Público, o cancelamento de permissão de serviço de táxi, em decorrência do falecimento do permissionário, atribuição que é, por óbvio, do Poder Público permitente.
2 - A permissão de prestação de serviço de táxi concedida antes da Constituição de 1988 pode ser transferida por sucessão, uma vez que há regulamentação da matéria pela Portaria 033/2005 da BHTrans (Agravo de Instrumento n. 1.0024.05.629333-5/001, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Maurício Barros, *DJ* de 16.01.09).

Agravo de instrumento. Inventário. Permissão de táxi. Transferência aos herdeiros do permissionário. Art. 32 da Portaria DPR nº 033/2005 da BHTrans. Demonstração da outorga da permissão anteriormente à Constituição Federal de 1988. Necessidade. Nos termos do disposto no art. 32 da Portaria DPR nº 033/2005 da BHTrans, verifica-se ser autorizada, no âmbito do Município de Belo Horizonte, a transferência da permissão de táxi aos herdeiros do permissionário somente nas hipóteses em que tenha a permissão sido outorgada antes da Constituição Federal de 1988 (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.09.677125-8/001, Comarca de Belo Horizonte, Relator: Des. Elias Camilo, 3ª Câmara Cível, j. em 8.4.2010, v.u).

Considerados todos estes precedentes, deve ser dado provimento à apelação para que seja acolhido o pedido contido no item *c* de f. 128, determinado ao inventariante que, no prazo de 30 dias, contados da intimação deste acórdão, preste contas de todos os valores recebidos pela exploração de táxi desde a época do falecimento do inventariado até os dias atuais, sob pena de remoção do cargo, como requerido no item *d*. O pedido de depósito dos valores devidos aos apelantes deverá ser apreciado pelo MM. Juiz, após a apresentação das contas devidas. Deve, ainda, ser incluída na partilha o direito de permissão 3.049-1.

Ficam invertidos os ônus sucumbenciais e as custas, que devem ser suportadas pelo inventariante. A condenação fica suspensa caso esteja ele litigando sob o pálio da justiça gratuita.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo.

DES. PEIXOTO HENRIQUES - Em despacho concessivo de tutela antecipada exarado no AI nº 1.0024.10.251202-7/001 e publicado aos 20.01.2011, já tive a oportunidade de sinalizar a possibilidade de ser inventariada a permissão outorgada para exploração do serviço de táxi.

Na ocasião, além de alguns dos arestos aqui já citados pelo d. Relator, ainda fiz ver que dita possibilidade restou recentemente consagrada nos seguintes termos:

Agravo de instrumento. Ação de inventário. Expedição de alvará. Administração de permissão de táxi. Concessão anterior à Constituição da República de 1988. Exceção. Portaria nº 033/2005. BHTrans. Possibilidade. Decisão reformada. Conforme precedentes firmados na jurisprudência, afigura-se possível, em caráter excepcional, a transferência, para o espólio, da administração de permissão para exploração de serviço de táxi em Belo Horizonte, quando verificado que a aludida concessão se dera em período anterior ao advento da Constituição da República de 1988. Inteligência do artigo 32, da Portaria DPR nº 033/2005, da BHTrans. Recurso provido (AI nº 1.0024.10.105318-9/001, 3ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Kildare Carvalho, *DJ* de 12.11.2010).

A demonstrar ser realmente este o entendimento firmado nesta Suprema Corte Estadual, permito-me acrescentar aos arestos já mencionados pelo d. Relator os seguintes: AI n.º 1.0024.06.134483-4/001, 1ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Armando Freire, *DJ* de 27.08.2010; AI n.º 1.0024.94.044775-8/001, 4ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Dárcio Lopardi, *DJe* de 6.10.2009; AI n.º 1.0024.06.227943-5/001, 5ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, *DJ* de 11.06.2008; e, por fim, AI n.º 1.0024.09.601902-1/001, 5ª Câmara Cível do TJMG, Rel.ª Des.ª Maria Elza, *DJ* de 7.5.2010.

Com tais acréscimos, acompanho a douta relatoria.

Logo, também dou provimento ao recurso.

É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Busca e apreensão - Alienação fiduciária Proibição - Ausência de amparo legal

Ementa: Busca e apreensão. Concessão da liminar. Proibição da alienação do bem. Ausência de amparo legal. Decisão reformada. Recurso provido.

- Carece de amparo legal a determinação judicial que, na ação de busca e apreensão com base no Decreto-lei 911/69, proíbe que o bem seja alienado.

- A execução da liminar de busca e apreensão consolida a posse e a propriedade do bem nas mãos do credor.

Agravo provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0114.10.-012043-4/001 - Comarca de Ibirité - Agravante: Banco Itaucard S.A. - Agravado: Nelmo Silva Carvalho Júnior - Relator: DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES 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 DAR PROVIMENTO AO AGRAVO.

Belo Horizonte, 16 de março de 2011. - *José Marcos Rodrigues Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, no qual se insurge Banco Itaucard S.A., nos autos da ação de busca e apreensão ajuizada em desfavor de Nelmo Silva Carvalho Júnior, em face da decisão que concedeu a liminar, mas proibiu a alienação do bem.

Alega o agravante que não há previsão legal do que fora ordenado pelo Magistrado *a quo*, pois a lei não prevê, em seu texto legal, que o bem não possa ser alienado. Pelo contrário, afirma que, após a busca e apreensão do bem, o credor tem a posse e propriedade plena, podendo até mesmo aliená-lo.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido, f. 43/44-TJ.

O agravado não foi intimado, uma vez que a relação processual não havia sido formada no momento da interposição do recurso.

É o relatório. Passo a decidir.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

O autor, ora agravante, ajuizou ação de busca e apreensão, afirmando ter celebrado contrato de financiamento de veículo com o agravado, que restou inadimplente.

A liminar de busca e apreensão foi deferida (f. 35/37-TJ). No entanto, "fica vedada ao requerente a venda do bem, sem o consentimento deste Juízo, sob pena de depósito integral do valor do mesmo".

Inconformado, o autor interpõe o presente recurso.

Compulsando os autos deste agravo de instrumento, entendo que merece reforma a decisão recorrida.

Dispõe o § 1º do art. 3º do Decreto-lei 911/69 que:

> Cinco dias após executada a liminar mencionada no *caput*, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária.

Dessa maneira, consolidadas a posse e a propriedade no patrimônio do credor, não há razão para a proibição de eventual alienação do bem.

Ademais, pelo que se depreende da leitura do § 6º, a alienação é, na verdade, autorizada:

> Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinqüenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado.

Eis jurisprudência deste e. Tribunal:

> Ementa: Processo civil. Agravo de instrumento. Ação de reintegração de posse. Proibição de alienação do bem. Descabimento. - Ocorrendo reintegração de posse do bem à agravante, pode ela dispor do bem, inclusive aliená-lo, como consequência do seu direito de propriedade [...]. (1.0245.09.172689-4/001(1), Rel. Des. Tibúrcio Marques, j. em 06.05.2010, *DJe* de 25.05.2010).

> Ementa: Agravo de instrumento. Busca e apreensão. Decreto-lei 911/69. Recepção pela CF/88. Deferimento da liminar. Restrição quanto à venda do bem. Impossibilidade. Voto vencido. - O Decreto-lei 911/69 foi recepcionado pela CF/88. Estando o agravante com a propriedade plena do bem, dito agravante pode dispor do veículo da maneira que bem entender, respondendo por perdas e danos, caso algo extraordinário aconteça. Preliminar rejeitada e recurso provido (1.0701.09.284213-0/001(1), Rel.ª Des.ª Electra Benevides, j. em 10.11.2009, *DJe* de 15.12.2009).

Ou seja, a execução da liminar de busca e apreensão consolida a posse e a propriedade do bem nas mãos do credor. Portanto, por isso, e por não encontrar nenhum amparo legal no Decreto-lei nº 911/69, entendo que não tem respaldo a proibição de alienação do bem apreendido.

Assim sendo, com esses fundamentos, dou provimento ao agravo para reformar a decisão recorrida e deferir a alienação do bem pelo agravante.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA e OTÁVIO DE ABREU PORTES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO.

...

Ação cautelar - Protesto contra a alienação de bens - Risco de insolvabilidade do devedor - Prevenção de direitos de eventuais adquirentes de boa-fé - Averbação no Cartório de Registro de Imóveis - Possibilidade - Deferimento da medida

Ementa: Ação cautelar de protesto judicial contra alienação de bem. Risco de insolvabilidade do devedor. Prevenção de direitos de eventuais adquirentes de boa-fé. Deferimento da medida. Averbação do protesto no registro imobiliário. Possibilidade.

- A averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra alienação de bem está dentro do poder geral de cautela do juiz (art. 798, CPC) e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, prevenindo litígios e prejuízos para eventuais adquirentes.

Recurso provido para cassar a sentença que indeferiu a petição inicial.

Aplicando-se o disposto no art. 515, § 3º, do CPC, protesto e averbação deferidos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.211250-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Somattos Engenharia Com. Ltda. - Apelado: Paulo Emilio Tupy da Fonseca - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO, PARA CASSAR A SENTENÇA. COM BASE NO ARTIGO 515, PARÁGRAFO 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, DEFERIR O PROTESTO CONTRA ALIENAÇÃO DO BEM DESCRITO NA INICIAL, DETERMINANDO A INTIMAÇÃO DO APELADO, A PUBLICAÇÃO DE EDITAIS E A AVERBAÇÃO DO PROTESTO À MARGEM DA MATRÍCULA DO IMÓVEL.

Belo Horizonte, 17 de março de 2011. - *Eduardo Mariné da Cunha* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA - Cuida-se de ação cautelar de protesto contra alienação de bens ajuizada por Somattos Engenharia e Comércio Ltda. contra Paulo Emílio Tupy da Fonseca, alegando que o réu - apresentando-se como inventariante do espólio de Esther Ferreira Lúcio, cujo inventário estaria em curso -, mediante instrumento contratual firmado em 10.07.2008, prometeu-lhe vender o imóvel constituído pela casa localizada na Rua Santa Catarina, nº 846, e seu respectivo lote nº 19, do quarteirão nº 12, da 9ª Seção Urbana de Belo Horizonte, imóvel este objeto da Matrícula nº 47.933, do 1º Ofício de Registro de Imóveis desta Capital.

Relatou que o preço da compra e venda foi ajustado em R$ 1.398.000,00 (um milhão trezentos e noventa e oito mil reais), tendo sido pago ao réu, a título de sinal e princípio de pagamento, a importância de R$ 280.000,00 (duzentos e oitenta mil reais), convencionando-se que o restante seria pago quando da outorga da competente escritura pública de compra e venda e consequente transmissão da posse do imóvel.

Sustentou que, em virtude de a certidão de feitos ajuizados perante a Justiça Estadual, apresentada pelo réu, ter indicado a existência de ações contra a autora da herança, resolveu verificar a situação do imóvel, do espólio e dos herdeiros, vindo a ser surpreendida com as seguintes constatações: a) o inventário de Esther Ferreira Lúcio, ajuizado em agosto de 1994 perante o Juízo da 1ª Vara de Sucessões da Comarca de Belo Horizonte (Proc. nº 0024.94.064475-3), havia terminado em 20.02.2002, com a prolação e o trânsito em julgado da decisão homologatória da partilha; b) quando da assinatura do contrato de promessa de compra e venda, em julho de 2008, o réu não era inventariante, uma vez que o inventário já se encerrara; c) o alvará expedido pelo Juízo do inventário, autorizando a venda do imóvel, perdeu qualquer efeito quando da prolação da sentença que decretou a partilha dos bens inventariados; d) portanto, quando da celebração do negócio jurídico de promessa de compra e venda, o imóvel pertencia aos sete herdeiros da Sra. Esther Ferreira Lúcio - Evandro Tupy da Fonseca, Belkiss Tupy Florentino, Esther Tupy Bernardino, Tude Tupy da Fonseca, Cauby Tupy da Fonseca, Paulo Emílio Tupy da Fonseca e Potiguara Tupy da Fonseca -, os quais, com a partilha, passaram a tê-lo em condomínio; e) pendiam contra a autora da herança e alguns de seus herdeiros execuções fiscais diversas, o que poderia ensejar a nulidade da alienação do imóvel por fraude à execução.

Verberou que, em razão de todos esses fatos, não lhe restou alternativa senão ajuizar contra o requerido ação judicial (Proc. nº 0024.08.279262-3), objetivando a rescisão do contrato de promessa de compra e venda e a devolução do valor pago, a qual foi julgada procedente, em primeiro grau de jurisdição, mediante sentença prolatada pelo Juízo da 28ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte.

Ressaltou possuir perante o réu crédito líquido e certo, asseverando que a sentença proferida nos autos do Processo nº 0024.08.279262-3 certamente será con-

firmada, em grau de recurso, ante a existência de prova contundente de todas as alegações aduzidas na inicial daquela demanda.

Asseverou que o patrimônio do réu se resume à parte ideal que lhe coube na herança de sua genitora, de forma que a eventual alienação do imóvel a terceiros o tornará insolvente, frustrando o direito dela, autora, de ser restituída pelo valor que, levada a erro, pagou àquele.

Aventou, ainda, a possibilidade de o requerido se valer do mesmo expediente, qual seja a apresentação do alvará inválido para efetuar nova venda a *non domino*, prejudicando terceiros de boa-fé, ignorantes quanto ao encerramento do inventário.

Em razão desses fatos, consignou ter legítimo interesse em protestar contra a alienação do imóvel.

Postulou fosse deferido o protesto, independentemente da audiência do réu, para adverti-lo quanto à não alienação do imóvel descrito na inicial, seja na integralidade (qualificando-se como inventariante, representante legal do inexistente espólio), seja a quota-parte que lhe coube na partilha. Requereu a publicação de editais para conhecimento de terceiros, nos termos do art. 870, I, do CPC, bem como a averbação da existência do protesto na matrícula do imóvel. Juntou os documentos de f. 08/50.

Em sentença proferida à f. 52, o Magistrado *a quo* indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 295, III, c/c o art. 267, I, ambos do CPC.

Às f. 53/61, a autora interpôs apelação, reiterando a argumentação lançada na peça de ingresso. Asseverou estar pacificada a jurisprudência no sentido de que o protesto contra a alienação de bens e sua averbação à margem da matrícula de imóvel constituem medidas alicerçadas no poder geral de cautela do magistrado, no intuito de resguardar e prevenir direitos e dar ciência a terceiros. Coligiu jurisprudência no intuito de corroborar as suas razões. Pediu o provimento do apelo, com o deferimento, diretamente por esta Corte (CPC, art. 515, § 3º), dos pedidos formulados na inicial.

A decisão recorrida foi mantida pelo Julgador *a quo* (f. 113).

Sem contrarrazões.

Conheço do recurso, uma vez que próprio, tempestivo, regularmente processado e preparado.

Consoante o relato, cinge-se o presente apelo à análise da sentença primeva, que indeferiu a petição inicial, extinguindo o feito, sem resolução de mérito (art. 267, I, c/c o 295, III, do CPC).

Não andou bem o Magistrado *a quo*, já que a autora, ora apelante, expôs, na peça de ingresso, os fatos e fundamentos do almejado protesto, além de demonstrar seu legítimo interesse em promovê-lo com o intuito de ressalvar direitos e prevenir litígios.

Conforme se verifica às f. 28/31, a apelante obteve êxito em demanda ajuizada em desfavor do apelado, tendo sido declarado, por sentença da Magistrada da 28ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, rescindido o contrato de promessa de compra e venda celebrado entre as partes - tendo por objeto o imóvel constituído pela casa localizada na Rua Santa Catarina, nº 846, e seu respectivo lote nº 19 do quarteirão nº 12 da 9ª Seção Urbana de Belo Horizonte - e condenado o apelado à restituição da quantia de R$ 280.000,00, recebida a título de sinal, com incidência de correção monetária, pelos índices da CGJ/MG, e juros moratórios de 1% ao mês, a contar da data do efetivo desembolso.

Mediante as certidões de registro colacionadas às f. 40/49, restou demonstrado que, além da parte ideal que lhe coube na herança deixada por sua mãe, o requerido possui, apenas, um bem imóvel (apartamento nº 400, do Ed. Esther Ferreira Lúcio, situado na Rua Benjamim Flores, nº 247, e respectiva fração ideal dos lotes 29 e 30 do quarteirão 68-C, da ex-Colônia Afonso Pena), o qual, entretanto, se encontra hipotecado em favor da Caixa Econômica Federal.

Portanto, em caso de eventual alienação a terceiros do imóvel objeto da promessa de compra e venda rescindida, há sério risco de o apelado se tornar insolvente, o que inviabilizaria, em tese, a satisfação do crédito da apelada. Demais disso, verifico ser necessário dar conhecimento a terceiros, eventuais interessados na aquisição do imóvel litigioso, a fim de prevenir litígios e evitar prejuízos.

Calha trazer à colação a doutrina de Alexandre Freitas Câmara:

> Como se vê do texto da lei, o protesto pode se dirigir, fundamentalmente, a três distintas finalidades: prevenir responsabilidade, prover a conservação de direito ou prover a ressalva de direito. Exemplo clássico dessa primeira hipótese, encontrado em quase todas as obras que tratam do tema, o protesto feito pelo engenheiro que elaborou um projeto, que dirige seu protesto ao construtor que não está o seguindo, para prevenir sua responsabilidade no caso de a inobservância do projeto gerar algum dano para o dono da obra. Hipótese de protesto para prover a conservação de direito é o que tem por finalidade interromper o prazo prescricional, nos termos do art. 202, II, do Código Civil de 2002. Por fim, exemplo de protesto contra alienação de bens, bastando pensar no credor que dirige protesto ao devedor (e aos interessados na aquisição do bem, como se verá mais adiante) para que não pratique ato de alienação que, uma vez realizado, o reduzirá à insolvabilidade (*Lições de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 3, p. 221-222).

É bem de ver-se, ainda, que não há qualquer indício de que o protesto judicial contra alienação de bem, almejado pela construtora requerente, constitua ato emulativo, abusivo ou ilegal, que vise apenas a constranger o requerido ao pagamento da quantia devida.

Dessa forma, entendo deva ser deferido o protesto contra a alienação do bem descrito no item 1 da inicial,

intimando-se o requerido, na forma do art. 867 do CPC, e publicando-se os editais a que alude o art. 870, I, do CPC.

É de se destacar, ainda, que, anteriormente, a jurisprudência dos nossos tribunais, inclusive do STJ, se orientava no sentido de que não era possível a averbação no registro de imóveis do protesto contra alienação de bens.

Entretanto, recentemente, realizei pesquisa na jurisprudência e aferi que o STJ, incumbido de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, modificou aquele entendimento, passando a julgar, inclusive através da Corte Especial, no sentido de que é possível a referida averbação.

A propósito, confira-se o seguinte acórdão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

> Protesto contra alienação de bens. Averbação no registro de imóveis. Admissibilidade. Poder geral de cautela do juiz. - A averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra alienação de bem, está dentro do poder geral de cautela do juiz (art. 798, CPC) e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, prevenindo litígios e prejuízos para eventuais adquirentes (REsp nº 146.942-SP). Embargos de divergência conhecidos e rejeitados (EREsp 440.837/RS - Rel.ª Ministra Eliana Calmon - Rel. p/ acórdão Ministro Barros Monteiro - Corte Especial - j. em 16.08.2006 - *DJ* de 28.05.2007, p. 260).

No mesmo sentido:

> Civil e processual civil. Protesto contra alienação de bens. Averbação do protesto no registro imobiliário. Possibilidade.
> - 1. A averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra alienação de bem está dentro do poder geral de cautela do juiz e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, prevenindo litígios e prejuízos para eventuais adquirentes. Precedentes.
> - 2. Inexistência de dissídio jurisprudencial quando o acórdão-paradigma não trata da mesma situação fática do acórdão recorrido, não tendo sido realizado devidamente o necessário cotejo analítico das decisões, nos termos do parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil e dos parágrafos do art. 255 do Regimento Interno do STJ.
> - 3. Recurso especial a que se nega provimento (REsp 536538/SP - Rel. Ministro Luis Felipe Salomão - Quarta Turma - j. em 18.05.2010 - *DJe* de 26.05.2010).

> Embargos de divergência em recurso especial. Ação cautelar de protesto contra alienação de bens. Averbação no registro imobiliário. Possibilidade. Poder geral de cautela do juiz. Embargos acolhidos. 1. A averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, de protesto contra alienação de bem está dentro do poder geral de cautela do juiz (art. 798 do CPC) e se justifica pela necessidade de dar conhecimento do protesto a terceiros, prevenindo litígios e prejuízos para eventuais adquirentes (Corte Especial, EREsp nº 440.837/RS).
> 2. Embargos de divergência acolhidos (EREsp 185645/PR - Rel. Ministro Luis Felipe Salomão - Segunda Seção - j. em 09.12.2009 - *DJe* de 15.12.2009).

Portanto, de acordo com a hodierna jurisprudência do colendo STJ, óbice não se antolha à averbação de protestos contra a alienação de bens na matrícula de imóveis da parte notificada ou no prontuário de veículos, junto ao Detran.

Sendo certo que o mencionado protesto visa, exatamente, a resguardar o interesse de terceiros que venham a celebrar contratos com o requerido, a aludida averbação se presta a garantir maior eficácia dos negócios jurídicos, protegendo o adquirente de boa-fé.

Como bem colocou o Ministro Eduardo Ribeiro, em voto divergente proferido no julgamento do REsp nº 78.038/SE, de relatoria do Ministro Menezes Direito:

> a razão de ser da publicação de editais está em que é necessário dar ciência do protesto a terceiros. Isso porque eventual alienação do bem poderá vir a ser desconstituída. Ora, se assim é, há que se ter em conta que o meio realmente eficaz de tornar o fato conhecido de possíveis adquirentes é o lançamento no Registro de Imóveis. É sabido que a publicação de editais frequentemente não alcança o objetivo de dar ciência a todos os interessados, ensejando que o comprador do bem venha a ser seriamente prejudicado com o posterior desfazimento do ato.

Portanto, na esteira da hodierna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inexiste qualquer abuso na averbação da aludida medida, que acaba por concretizar o objetivo a que se propõe o protesto judicial, qual seja alertar terceiros quanto à possibilidade de desconstituição dos contratos celebrados com o devedor que impliquem a diminuição do seu patrimônio. É certo, entretanto, que o protesto não impede a alienação; apenas alerta e previne direitos.

Assim, a averbação do protesto na matrícula do imóvel não limita o direito de propriedade do requerido, não constituindo óbice à disposição do referido bem. Repita-se, mais uma vez, que o efeito prático de tal ato é prevenir direitos e alertar terceiros de boa-fé, dando-lhes ciência acerca da dívida do devedor.

Com tais razões de decidir, dou provimento ao recurso para cassar a sentença que indeferiu a inicial, restabelecendo o processo; aplicando o disposto no art. 515, § 3º, do CPC, defiro o protesto contra alienação do bem descrito na inicial, determinando a intimação do apelado, a publicação de editais e a averbação do protesto à margem da matrícula do imóvel.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUCIANO PINTO e MÁRCIA DE PAOLI BALBINO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, PARA CASSAR A SENTENÇA. COM BASE NO ARTIGO 515, PARÁGRAFO 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, DEFERIRAM O PROTESTO CONTRA ALIENAÇÃO DO BEM DESCRITO NA INICIAL, DETERMINANDO A INTIMAÇÃO DO APELADO, A PUBLICAÇÃO DE EDITAIS E A AVERBAÇÃO DO PROTESTO À MARGEM DA MATRÍCULA DO IMÓVEL.

...

Seguro - Transporte de carga - Roubo - Contrato - Cláusulas - Gerenciamento de risco - Descumprimento - Ausência de prova - Indenização devida

Ementa: Civil e processo civil. Ação de cobrança. Seguro. Roubo de carga. Combustível. Descumprimento contratual. Não adoção de medidas para diminuir o risco. Ausência de provas. Cobertura devida. Recurso não provido.

- No contrato de seguro, a seguradora se obriga para com o segurado, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-lo do prejuízo resultante de riscos futuros, mas previstos no contrato. Não é razoável se exigir do motorista do caminhão segurado que coloque sua vida em risco para acionar botão de pânico em pleno assalto com arma de fogo praticado por seis indivíduos.

Negaram provimento ao apelo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.07.356265-5/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Generali Brasil Cia. Nacional de Seguros - Apelada: Alpha Petróleo Ltda. - 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, sob a Presidência do Desembargador Batista de Abreu, 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, 3 de março de 2011. - *Sebastião Pereira de Souza* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Selmo Antônio Ferreira Fraga.

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - Conheço do apelo, pois recurso próprio e tempestivo. Presentes os demais requisitos de admissibilidade recursal.

O caso é o seguinte: a empresa apelada ajuizou ação de cobrança de indenização securitária c/c indenização por perdas e danos em face da seguradora apelante, pretendendo receber o valor da indenização contratada em razão do roubo de 30.000 l (trinta mil litros) de álcool hidratado que transportava.

O MM. Juiz julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar a seguradora requerida a pagar à autora indenização securitária no valor da carga segurada - R$ 30.981,60 - e indeferir o pleito de indenização por perdas e danos/lucros cessantes, motivo do presente apelo.

Alega a seguradora apelante, em apertada síntese, que a empresa autora não faz jus à indenização securitária, pois não obedeceu às cláusulas contratuais referentes ao gerenciamento de risco, tendo em vista que contratou empresa de monitoramento de veículo diferente da indicada no contrato; e que a ré também não adotou todas as medidas de segurança e gerenciamento de risco, tais como acessórios (bloqueador, sensor de ignição, alarmes e botão de pânico, sensor de desengate de carreta, travas de baú, corta-combustível) e monitoramento por Central 24 horas (especializada e equipada para o trabalho em âmbito nacional).

Portanto, a ocorrência do furto da carga e o valor segurado são fatos incontroversos, restando-nos verificar apenas se a empresa autora teria descumprido ou não com as suas obrigações contratuais relativas ao gerenciamento do risco, quais sejam: 1) contratação de empresa de monitoramento de veículo indicada no contrato; e 2) adoção de todas as medidas de segurança e gerenciamento de risco, tais como acessórios (bloqueador, sensor de ignição, alarmes e botão de pânico, sensor de desengate de carreta, travas de baú, corta-combustível) e monitoramento por Central 24 horas (especializada e equipada para o trabalho em âmbito nacional).

Pois bem. No contrato de seguro, a seguradora se obriga para com o segurado, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-lo do prejuízo resultante de riscos futuros, mas previstos no contrato.

No caso dos autos, as partes celebraram o contrato de seguro de transporte de carga, o qual, de fato, previa várias medidas a serem tomadas pela empresa segurada, consistentes no gerenciamento do risco - f. 74/78, as quais transcrevo em parte:

> Constitui-se obrigação do segurado, assim como em uma condição básica de cobertura para os sinistros amparados pela cobertura especificada no item 'garantias', a fiel observância às seguintes medidas de gerenciamento de risco:
> [...]
> ITEM B - Para o transporte de qualquer valor de carga até o limite máximo da apólice de R$ 110.000,00, será obrigatório que veículo transportador esteja protegido, conforme abaixo:
> Os veículos transportadores deverão, OBRIGATORIAMENTE, estar dotados de equipamentos de Rastreamento via Satélite ou tecnologia celular (de acordo com o Plano e Normas de Gerenciamento de Riscos) e com os seguintes acessórios (bloqueador, sensor de ignição, alarmes e botão de pânico, sensor de desengate de carreta, travas de baú, corta-combustível), monitorado por Central 24 horas (especializada, equipada para este trabalho em âmbito nacional e validade por esta seguradora ou corretora). Os sensores e recursos de segurança devem estar programados para atuação local e

permanente nos tempos mínimos de programação previstos pela Gerenciadora de Riscos ou no Plano de Gerenciamento de Riscos, a tempo de se constatar e tomar providências imediatas, quando constados desvios de rotas, paradas em locais não autorizados, ou qualquer outra situação que fuja da normalidade e/ou do previsto para aquele percurso de transporte; OU
[...]
Caso o veículo transportador não esteja devidamente protegido (escolta armada ou rastreamento) em caso de sinistro, não terá direito a qualquer indenização.
[...]
A empresa de monitoramento (Central 24 horas) e o tipo/modelo do equipamento de rastreamento deverão ter OBRIGATORIAMENTE aprovação prévia da seguradora ou corretora, e o segurado deverá obrigatoriamente enviar para a seguradora ou corretora, no prazo máximo de 15 dias, o contrato firmado entre o segurado e a empresa de monitoramento/rastreamento (Central 24 horas).
Empresas de gerenciamento validadas:
AUTOLOGISTICA (034) 3831-5200.
GERTRAN
TRANSAT
[...]
Durante os primeiros 5 dias do início da vigência da apólice, continua válido o monitoramento/rastreamento realizado por Central própria do segurado ou por outra gerenciadoras de risco. Após este período, somente serão válidos para efeito de cobertura nesta apólice: - as gerenciadoras de riscos (Central 24 horas), devem ser aquelas autorizadas e aprovadas pela seguradora -, é obrigatória a implantação dos procedimentos de gerenciamento de regras aprovadas por esta Cia. Seguradora ou Corretora (f. 75/78).

Pois bem. Primeiramente, quanto à contratação da empresa responsável pelo monitoramento por Central 24 horas do veículo da autora, que transportava o combustível roubado, tenho que restou devidamente comprovado nos autos que fora contratada a empresa indicada no contrato: Autologística Rastreamento e Indústria Ltda., com um pequeno detalhe, a Bysat Automação e Controle Ltda. fora contratada pela autora por indicação e para complementar os serviços prestados pela Autologística, conforme se vê da própria manifestação desta empresa à f. 296, *in verbis:*

Informamos, conforme solicitado por carta, que na data de 7 de julho de 2006 a Autologística Rastreamento e Indústria Ltda. fazia monitoramento do veículo de placa DBP - 3744 e a empresa Bysat Automação e Controle Ltda. era nossa parceira na prestação de serviços de provedor *web*, ou seja, fornecia para a nossa Central de Monitoramento 24 horas e também para nossos clientes, através da internet, a localização exata dos veículos em mapas rodoviários, e tinha também uma Central de Monitoramento própria que servia de suporte para nos auxiliar quando necessário na prestação de serviços de monitoramento.
Gostaríamos de destacar ainda que, antes de iniciarmos a prestação de serviços de monitoramento para a empresa Alpha Petróleo, fomos avaliados e considerados aptos a prestar este tipo de serviço pela seguradora Generali do Brasil Cia. Nacional de Seguros (f. 296).

É o que basta para demonstrar o cumprimento pela autora/segurada da norma contratual que a obrigava a contratar empresa de monitoramento com Central 24 horas indicada na apólice, mormente porque a seguradora requerida, ora apelante, não apresentou prova em sentido contrário.

Quanto aos equipamentos de prevenção de sinistros (bloqueador, sensor de ignição, alarmes e botão de pânico, sensor de desengate de carreta, travas de baú, corta-combustível), a empresa de monitoramento, Autologística Rastreamento e Indústria Ltda., relacionou, na referida manifestação, os acessórios que o veículo segurado possuía e como os mesmos foram utilizados no dia do sinistro:

O veículo em questão possuía os seguintes acessórios:
1. Botão de pânico (acessório que não foi acionado para aviso à Central que o veículo estava em perigo).
2. Botão de início e sinal de viagem (que também não foi acionado dando início de viagem daquele dia).
3. Sirene para acionamento sonoro.
4. Acionador de pisca elétrico.
5. Bloqueio do funcionamento do motor.
6. Sensor de engate e desengate de carreta.
7. Foi solicitado inicialmente que fossem colocados sensores na porta de passageiro do veículo, que na época a empresa Alpha Petróleo não concordou em colocar e foi aceito pelo corretor de seguros da Generali (f. 296).

De fato, como se vê nos itens acima, apesar de o veiculo possuir todos os acessórios de segurança previstos na apólice, o motorista da empresa apelada não acionou o botão de pânico nem o botão de início e sinal de viagem.

Todavia, nem uma nem outra omissão possui o condão de afastar o direito à indenização securitária. Se não, vejamos.

Ora, conforme fundamentou a MM. Juíza em sua bem-lançada sentença, não é razoável se exigir do motorista do caminhão segurado que coloque sua vida em risco para acionar botão de pânico em pleno assalto, com arma de fogo, praticado por seis indivíduos.

Da mesma forma, a ausência de acionamento do botão de início e sinal de viagem não prejudica o direito da empresa apelada.

Primeiro, porque não houve sequer o agravamento do risco segurado, já que o monitoramento do caminhão era feito automaticamente, sem a ação do motorista, conforme afirmou a testemunha Cleiton Melo Borges à f. 346: "E o rastreamento do caminhão é feito automaticamente sem a ação do motorista".

É o que se deduz também do "Relatório de Histórico de Posições", de f. 48/50, o qual demonstra que o veículo roubado estava sendo monitorado devidamente no dia do sinistro.

Em segundo lugar, porque tal acessório (botão de início e sinal de viagem) não se encontra expressamente

previsto na lista de acessórios obrigatórios alhures transcrita (f. 76).

Assim, melhor sorte não socorre a seguradora apelante no presente recurso, fazendo jus a parte autora à indenização securitária pelo roubo da carga que transportava.

Conclusão.

Com esses fundamentos, nego provimento ao apelo para manter a r. sentença recorrida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos e pelos que ora acrescento.

Custas recursais, pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OTÁVIO PORTES e WAGNER WILSON.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Cédula de crédito bancário - Equiparação a contrato de abertura de crédito em conta-corrente - Inexistência de liquidez - Título executivo - Descaracterização - Execução - Impossibilidade

Ementa: Execução. Cédula de crédito bancário. Título executivo. Débito. Demonstrativo. Liquidez. Inexistência.

- A liquidez e certeza da dívida oriunda de uma cédula de crédito bancário depende de cálculos aritméticos, já que esse contrato se articula como uma conta-corrente comum, não possuindo capacidade executiva por si mesmo.

- O valor a ser reclamado na execução depende de comprovação a ser feita por meio de documentos capazes não só de demonstrar, como também explicar a evolução do débito, para tanto, não bastando os extratos produzidos unilateralmente pelo credor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.739994-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Banco Santander do Brasil S.A. - Apelados: Fabiano Luiz Ávila Teixeira, Sérgio Luiz de Ávila Teixeira, Motoby Motocicletas Brasil Ltda. e outros - 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, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 17 de março de 2011. - *Antônio Bispo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO BISPO - Banco Santander S.A. apelou contra a v. sentença que indeferiu a inicial da execução movida com lastro em uma cédula de crédito bancário, encartando, segundo informação contida na inicial, negócio jurídico denominado conta-corrente garantida.

O Magistrado considerou tratar-se, na realidade, de um contrato de abertura de crédito rotativo, que não enseja a instauração de procedimento executivo.

Para o apelante, equivocou-se o Magistrado *a quo*, pois que o título em questão possui todos os requisitos necessários para sustentar uma execução, possuindo certeza decorrente da imediata identificação do conteúdo da obrigação pretendida.

A exigibilidade advém de expressa prescrição legislativa e surge da fácil apuração a partir dos elementos que compõem o saldo devedor, como expresso no rosto do título, a partir da verificação do inadimplemento, o que afasta, desde logo, qualquer dúvida quanto à liquidez da cédula aqui considerada.

Acrescenta, por fim, que não pairam dúvidas quanto à constitucionalidade da lei que rege a matéria, pedindo, por isso, que seja cassada a sentença, a fim de que os autos retornem à origem para regular prosseguimento.

Recurso próprio e tempestivo, dele conheço.

Examinando os autos, observo que a inicial da execução manejada pelo aqui apelante informou que a dívida reclamada teve origem em uma conta-corrente garantida, contratada por meio do contrato da espécie cédula de crédito bancário, juntado à f. 14, por meio do qual foi disponibilizada aos executados a quantia de cem mil reais.

Para demonstrar a quantia reclamada, cuidou o apelante de trazer aos autos a própria cédula, além da planilha de f. 21/22, pretendendo trazer à luz a evolução do débito.

Com efeito, em princípio, tais documentos poderiam ser bastantes para habilitar o título à execução, já que a legislação vigente não exige uma forma rígida para a demonstração.

É que as cédulas, de uma maneira geral, são emitidas para incorporar um direito pessoal de crédito, sendo ao mesmo tempo uma espécie de título de crédito capaz de circular por meio de endosso e, também, título executivo, por força de disposição legal.

Por se articularem à semelhança de uma conta-corrente comum, é possível a modificação do valor do empréstimo, na medida em que haja movimentação de créditos e débitos, de modo que, não raro, ensejam exe-

cução de quantia diferente daquela consignada originalmente.

O banco exequente invocou em seu favor a Lei 10.931/04, originada na Medida Provisória 2.160/01; todavia, a meu sentir, a planilha por ele apresentada não atende aos arts. 28 e 29 e respectivos parágrafos da norma supracitada, que condicionam a executividade da cédula à demonstração em planilha de cálculo ou em extrato de conta-corrente, desde que elaborados de modo capaz de demonstrar o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária e outras que componham o valor final da dívida.

Prescrevem, também, os dispositivos normativos antes mencionados, que cabe ao credor, quando da cobrança, discriminar, em extratos de conta-corrente ou planilhas anexas à cédula, as parcelas utilizadas do crédito, eventuais aumentos de limite do valor inicialmente concedido, amortizações efetuadas e a incidência de encargos nos vários períodos de utilização da importância disponibilizada ao tomador.

Examinando o documento de f. 14, observo que constam informações relativas ao valor do crédito - disponibilizados cem mil reais - e a data do vencimento - 13.03.2008.

O campo destinado à taxa efetiva mensal está preenchido, informando taxa prefixada de 2,17% ao mês.

Não obstante, pouca valia possuem as informações do demonstrativo de f. 13, produzido unilateralmente pelo apelante, sem qualquer esclarecimento ou prova de sua origem, tampouco da evolução da quantia inicialmente disponibilizada em 2007 até o *quantum* final reclamado na ação que originou este recurso, dois anos depois, surgindo daí, a meu sentir, a absoluta incapacidade do título para embasar uma execução.

Dessa forma, tenho que deve ser confirmada a v. sentença, uma vez que não foi atendida a norma de regência das cédulas de crédito bancário, inexistindo nos autos elementos capazes de permitir a aferição por cálculo aritmético e a perfeita compreensão das condições contratadas durante todo o período em que se formou a dívida, item por item, os índices e encargos especificamente considerados e demais valores aplicados para alcançar a quantia final tida por devida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo apelante.

DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES - De acordo com o eminente Relator.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - A execução pressupõe a existência de um título que, por disposição legal, tenha força de título executivo, como se extrai dos arts. 583 e 585 do Código de Processo Civil, vigentes à ocasião.

Todavia, como bem ponderado por Humberto Theodoro Júnior,

> para que o título tenha essa força, não basta a sua denominação legal. É indispensável que, por seu conteúdo, se revele um título certo, líquido e exigível, como dispõe textualmente o art. 586 do nosso Código de Processo Civil. Só assim terá o órgão judicial elementos prévios que lhe assegurem a abertura da atividade executiva, em situação de completa definição da existência e dos limites objetivos e subjetivos do direito a realizar (*Curso de direito processual civil*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 151).

Arremata o mesmo processualista que:

> ocorre a certeza em torno de um crédito quando, em face do título, não há controvérsia sobre a sua existência (*an*); a liquidez, quando é determinada a importância da prestação (*quantum*); e a exigibilidade, quando o seu pagamento não depende de termo ou condição, nem está sujeito a outras limitações (*op. cit.*, p. 151).

Dessa forma, a execução por quantia certa não poderá escorar-se em título desprovido dos requisitos da certeza, da exigibilidade e da liquidez, a serem apurados em cada caso.

Por isso, determina a nossa legislação processual ser nula a execução "se o título executivo não for líquido, certo e exigível" (inciso I do art. 618, com a redação da ocasião).

No caso em exame, a execução escora-se em contrato de cédula de crédito bancário firmado pelas partes.

Por ele, a instituição bancária colocou à disposição dos apelados o crédito ali discriminado (R$ 100.000,00), "que será liberado mediante crédito sob aviso na conta-corrente consignada no campo 2, no valor e na data solicitados pela emitente" (cf. cláusula 15.2, à f. 15).

Conclui-se, daí, que, em rigor, embora com rotulagem nova, o contrato se equipara ao velho e conhecido contrato de abertura de crédito em conta-corrente.

A jurisprudência, à falta do requisito da liquidez, afastou a possibilidade de ajuizamento de execução com base em tal contrato, como se vê pela Súmula 233 do Superior Tribunal de Justiça, assim enunciada: "O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato de conta-corrente, não é titulo executivo".

Por iguais razões, não pode ser tido como título executivo o contrato idêntico, embora com rótulo novo, que amparou a execução em exame.

Como não poderia deixar de ser, a jurisprudência encampa esta conclusão:

> Apurando-se que o contrato utilizado para dar arrimo à ação de execução não constitui uma cédula de crédito bancário, mas sim um simples contrato de abertura de crédito em conta-corrente, a execução proposta deve ser extinta, nos termos do inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil,

uma vez que, conforme Súmula 233 do STJ, 'O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo' (Acórdão un. da Nona Câmara Cível deste Tribunal, no Agravo de Instrumento nº 1.0701.06.158927-4/001 da Comarca de Uberaba, Rel. Des. Pedro Bernardes, publicado no *DJMG* de 18.11.2006).

Visando o banco ao recebimento de saldo da conta-corrente, conforme cálculos apresentados em juízo, e não o valor do empréstimo acrescido dos encargos contratuais, não há que se falar em execução de cédula de crédito bancário.
A identificação da espécie de ajuste firmado entre as partes deve ocorrer diante do teor de suas cláusulas e não da nomenclatura atribuída (Acórdão un. da Sexta Câmara Cível do extinto Tribunal de Alçada deste Estado, no Agravo Inominado no Agravo de Instrumento nº 453.250-5/01 da Comarca de Uberaba, Rel.ª a então Juíza Heloísa Combat, publicado no *DJMG* de 25.06.2004).

Cédula de crédito bancário. Verificação, na hipótese, que se trata de contrato para abertura de crédito rotativo para saque a descoberto em conta-corrente, garantido pelo banco até certo limite, para cobertura posterior do saldo negativo, e descaracterizado como título extrajudicial. Súmula 233 do Superior Tribunal de Justiça (TJSP, Agravo de Instrumento nº 7.058.019-5, São Paulo, 12ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rui Cascaldi, j. em 15.03.2006, v. u.).

Vale ressaltar, finalmente, que a liquidez se apura com o exame do título, e não pode ser imposta por determinação legal, como estranhamente o fez a Lei 10.931, de 2004.

Impõe-se, portanto, a manutenção da sentença recorrida, uma vez que, por ausência do requisito da liquidez, não se presta à execução por quantia certa o contrato que, embora rotulado de cédula de crédito bancário, se equipara ao contrato de abertura de crédito em conta-corrente.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Estelionato - Evento festivo - Venda de ingressos falsificados - Difícil percepção - Laudo pericial - Prova - Ciência da falsidade - Ônus da prova - Desincumbência - Não ocorrência - Presença do elemento subjetivo - Prejuízo para as vítimas - Crime caracterizado

Ementa: Direito penal. Crime de estelionato. Evento festivo. Exposição agropecuária. Entrada no local mediante aquisição de ingresso próprio. Grupo de pessoas em atitude suspeita. Abordagem policial de todos. Apreensão de dinheiro e ingressos falsificados em poder do acusado. Acusado que confirma que é vendedor autônomo de ingressos. "Cambista". Falsificação dos ingressos confirmada através de laudo pericial e testemunhos dos organizadores do evento festivo. Falsificação de difícil identificação. Prejuízo causado a terceiros confirmado. Alegações defensivas não comprovadas. Ônus da prova da defesa dos quais não se desincumbiu. Condenação mantida.

- Para a condenação do acusado, basta apenas a existência de um quadro suficiente de indícios, todos harmônicos e convergentes a comprovar a sua culpa.

- O crime de estelionato caracteriza-se quando o agente, mediante artifício, meio fraudulento idôneo, obtém algum tipo de vantagem indevida em detrimento alheio, induz vítimas em erro e a elas causa prejuízos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0261.10.001662-3/001 - Comarca de Formiga - Apelante: Pablo Rodrigo de Oliveira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Enivaldo Joel Gomes, Adalberto Donizeti Vilela, Sérgio Antônio Camargo - 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, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de março de 2011. - *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS (convocado) - O Promotor de Justiça que atua junto à 1ª Vara Criminal, de Menores e Cartas Precatórias da Comarca de Formiga/MG ofereceu denúncia contra Enivaldo Joel Gomes, Adalberto Donizeti Vilela, Sérgio Antônio Camargo e Pablo Rodrigo de Oliveira.

O feito foi desmembrado em relação aos três primeiros acusados, Enivaldo Joel Gomes, Adalberto Donizeti Vilela e Sérgio Antônio Camargo.

Ao final, através da sentença de f. 203/215, os pedidos iniciais foram julgados procedentes, tendo o acusado Pablo Rodrigo de Oliveira sido condenado à pena de 01 ano e 03 meses de reclusão e ao pagamento de 11 dias-multa. Regime inicial semiaberto.

Inconformado recorre o acusado, conforme razões de f. 224/227, oportunidade em que alega que seu direito de defesa foi cerceado, já que não apresentou defesa prévia ou alegações finais.

Sustenta que, sempre que interrogado, manteve coerência sobre sua versão dada aos fatos; entende que sua absolvição é de rigor por serem insuficientes as provas produzidas contra sua pessoa.

Em sequência, alega que, havendo apenas indícios, é de ser absolvido com fulcro no princípio do *in dubio pro reo*, ou, então, por inexistir a tipicidade material. Entende que sua conduta foi atípica.

Requer ao final seja dado provimento ao apelo, inclusive para, caso seja mantida a condenação, seja reduzida a pena aplicada.

Contrarrazões da acusação às f. 231/235, em que se requer seja negado provimento ao recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 245/248, opinando pelo desprovimento do recurso.

Este é o relatório necessário. Passo a decidir.

Conheço do recurso por ser próprio e tempestivo.

Da preliminar de nulidade do processo - cerceamento de defesa.

Sem razão a defesa quando alega a discreta preliminar de nulidade do processo ao equivocado argumento de que ao apelante não foram garantidos todos seus direitos defensivos. Em particular, ausência de defesa prévia e alegações finais.

Ora, basta que o acusado veja o conteúdo da peça de f. 133/134 e ata da audiência de f. 181/183 para aferir que existe nos autos tanto a defesa prévia quanto as alegações finais orais.

Pelo que rejeito a preliminar.

Do mérito.

Ab initio, registro que a materialidade delitiva do crime de estelionato descrito na denúncia restou bem demonstrada nos autos. Nesse sentido o boletim de ocorrência de f.; auto de apreensão de f.; perícia técnica de f. 48/50, sem prejuízo das demais provas produzidas nos autos.

Com relação à autoria, tem-se que à f. 188 e verso, o réu confessou que estava no local dos fatos vendendo ingressos da 45ª Expoformiga, já que é cambista, tendo em seu poder ingressos que se descobriu serem falsos, conforme depoimentos de f. 184, 185, 186 e 187. Falsificação essa confirmada através do laudo de f. 48/50.

Ocorre que o acusado nem sequer manteve coerência com o que disse quando de sua prisão, no sentido de que foi para o local do crime vindo de Londrina/PR, já que em juízo afirmou que tinha acabado de chegar de Uberlândia/MG. Não comprovou que não soubesse que os ingressos que vendiam não eram falsos, muito menos que os demais acusados não o conhecessem e estivessem vestidos de segurança. Nada. Inclusive, à f. 13, o corréu afirmou que o acusado sabia da falsidade dos ingressos.

O réu não soube explicar como em dado momento disse que foi para o local para revender ingressos, que os tinha comprado antes de se deslocar para lá e, depois, que adquiriu os ingressos no local dos corréus.

Como dito, o réu não tem como negar que ingressos falsos estavam em seu poder, que estava no local efetuando a venda dos mesmos, o que inclusive justificou a apreensão em seu poder de R$947,00. E, conforme relato da representante legal do Sindicato Rural da cidade de Formiga, este amargou um prejuízo de algo em torno de R$4.300,00 com a venda de ingressos falsos, f. 185. No mesmo sentido, o depoimento de Odair José, que esclareceu que foram encontrados aproximadamente 400 ingressos falsos, f. 09 e 186, tudo a confirmar o *modus operandi* do delito.

Nos dizeres do il. Sentenciante, é de se ressaltar que:

> Conforme se pode observar dos depoimentos testemunhais, a falsidade dos ingressos era capaz de ludibriar os frequentadores da exposição. A própria funcionária do sindicato dos produtores rurais que se encontrava na portaria do evento encontrou dificuldades em detectar o falso.
> O denunciado usou de conduta ardil para obter vantagem ilícita induzindo os frequentadores da exposição ao erro, fato que torna imperiosa a sua condenação (f. 211).

No mesmo sentido, a manifestação ministerial de f. 247:

> Assim, a valoração do contexto probatório autoriza a conclusão de que o apelante vendeu e distribuiu ingressos falsos da 45ª Expoformiga, acarretando sérios prejuízos às vítimas que compraram tais ingressos e ao Sindicato dos Produtores Rurais de Formiga/MG (f. 247).

Dito isso, o tipo subjetivo restou demonstrado através da vontade livre e consciente do apelante de obter ilícita vantagem mediante o emprego de ardil em face das vítimas, não há que se falar em atipicidade da conduta, em ausência de tipicidade material.

Nesse sentido, eis o norte jurisprudencial:

> Ementa: Processual penal. Crime contra o patrimônio. Estelionatos em continuidade delitiva. Absolvição. Falsificação grosseira. Inexistência. Meio hábil para ludibriar as vítimas. Tentativa. Crime consumado. Privilégio. Inaplicabilidade. Valor do prejuízo causado superior a um salário mínimo. Patamar adotado pela jurisprudência pátria. Redução reprimenda. Necessidade. Penas-base acima do mínimo. Ausência de justificativa. Nova dosimetria da reprimenda (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0525.06.085288-2/002 - Comarca de Pouso Alegre - Relatora: Exm.ª Sr.ª Des.ª Maria Celeste Porto, j. em 09.06.2009).

> Apelação criminal. Estelionatos em continuidade. Prova. Suficiência. Condenação mantida. Pena carcerária. Redução. Recurso parcialmente provido. Sobejamente comprovadas a autoria e a materialidade delitivas e, bem assim, a fraude perpetrada em prejuízo das vítimas, há que se concluir pelo decreto condenatório por crime de estelionato, mormente quando não demonstrada a alegada inocência do réu, na forma do art. 156, 1ª parte, do CPP (TJMG, AC 2.0000.00.465181-6/000(1), Rel. Eduardo Brum, *DJ* de 14.12.2005).

Com efeito, é de conhecimento geral que o ônus da prova é de quem alega (art. 156 do CPP). Sendo assim, competia ao acusado comprovar tudo o que afirmou em sua defesa, ônus do qual não se desincumbiu.

Como é de se concluir, a absolvição pretendida pelo apelante não pode ser acatada, na medida em que restou devidamente comprovada a prática criminosa descrita na inicial, correta a sentença condenatória.

Em sequência, no que concerne às penas aplicadas, verifico que as mesmas estão corretas, valoradas uma a uma das circunstâncias judiciais, tendo na primeira etapa sido fixada no mínimo legal. Na etapa seguinte, acertadamente por força da agravante da reincidência a pena sofreu um pequeno aumento. Na etapa final, foi esclarecido expressamente que não incidiu sobre a pena qualquer causa de diminuição ou aumento da pena. Como dito, correta a sentença.

Por todo exposto, nada mais havendo para ser apreciado, nego provimento ao recurso, fica mantida a r. sentença recorrida.

Custas recursais, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDIWAL JOSÉ DE MORAIS e JUDIMAR BIBER.

Súmula - NÃO PROVIDO.

...

Tráfico de entorpecentes - Uso - Fornecimento gratuito - Pessoas desconhecidas do agente - Sucessão de leis no tempo

Ementa: Apelação criminal. Tráfico ilícito de drogas. Fornecimento gratuito de maconha. Ato que se liga ao delito mais grave. Uso afastado. Compartilhamento. Ausência de requisito legal. Pessoas desconhecidas do agente. Causa de redução. Leis distantes no tempo. Capitulação mantida. Atenuante reconhecida. Penas minoradas. Substituição não recomendável. Apelo parcialmente provido.

- O ato de fornecer substância entorpecente a terceiros, sem autorização, ainda que gratuitamente, caracteriza tráfico, afastando-se o simples uso.

- Para a configuração do comportamento previsto no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/2006, necessário o fornecimento da droga a pessoas do relacionamento do réu, o que não ocorre no caso, diante da entrega da droga a terceiros, desconhecidos do agente.

- Não se forma terceira lei, aplicando-se parte de diplomas legais diversos no tempo. Precedentes.

- Confessando o agente em juízo a conduta que o incrimina, faz jus à atenuante respectiva. Penas minoradas a seu mínimo legal.

- Não é recomendável a substituição da pena privativa imposta por medidas substitutivas de direitos, em se tratando de pessoa com mácula criminal anterior.

Apelo parcialmente provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0330.06.005076-3/001 - Comarca de Itamonte - Apelante: R.O.G. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 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, 15 de fevereiro de 2011. - *Ediwal José de Morais* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDIWAL JOSÉ DE MORAIS - A presente ação foi aviada em detrimento de R.O.G., réu processado e condenado por tráfico ilícito de drogas, ainda sob a égide da Lei 6.368, de 1976, infração penal apurada na Comarca de Itamonte, neste Estado.

Segundo a denúncia, recebida em 26.07.2006 (f. 108), policiais militares receberam delação anônima acerca de tráfico de drogas realizado por condutor de veículo automotor, conseguindo abordá-lo em via pública do Município de Alagoa, que compõe a comarca de origem, isso em 18 de maio de 2006.

Naquela oportunidade, localizaram os militares, no interior de aludido móvel, pouco mais de dezesseis gramas da droga conhecida como "maconha", admitindo o réu, R. que teria fornecido gratuitamente a [...] e a [...], passageiros do carro, porção do mesmo tóxico, isso no intuito de consumirem o entorpecente em conjunto.

Decorrida a instrução, restou o réu condenado nas iras do art. 12 da Lei 6.368, de 1976, fixadas as penas finais em quatro anos de reclusão, regime inicial fechado, e cem dias-multa, tudo conforme sentença de f. 269/272.

Recorre a defesa do condenado (fundamentos de f. 301/315), sustentando que a conduta se limita ao simples uso, protestando pela desclassificação do delito para a figura mais branda prevista no art. 28 (antigo 16) da Lei 11.343, de 2006, requerendo ainda o reconhecimento do chamado "uso compartilhado" (art. 33, § 3º, Lei 11.343/2006), ou mesmo da incidência da causa de redução do § 4º da norma incriminadora.

Protesta ainda a combativa defesa pela redução das penas aplicadas, com reconhecimento da confissão espontânea, e pela substituição da sanção carcerária por medidas restritivas de direitos.

O recurso deve ser conhecido, pois atende a seus pressupostos de admissão.

Não há nulidades a serem debatidas, enquanto a materialidade do delito é atestada pelos documentos de f. 18, 20 e 87, sem prejuízo da prova oral.

Em relação à autoria, admite R. que a droga encontrada lhe pertencia, bem como o ato de fornecer parte do tóxico, gratuitamente, a terceiros que não conhecia, cuidando-se de usuários de drogas com quem teve contato naquela data.

Assim foram os interrogatórios colhidos, assunção de culpa confirmada por outros elementos de convicção, como os relatos trazidos pelos usuários.

Repare-se em parte da prova colhida que confirma o fornecimento gratuito de drogas a terceiros, com quem o réu teve contato somente na ocasião do acontecido:

> Confessa espontaneamente os fatos narrados na denúncia [...]. Realmente era de sua propriedade a droga apreendida, bem como é verdade que, momentos antes, havia fumado maconha na companhia das pessoas de [...] e [...], a quem forneceu gratuitamente a referida droga, 'para fumarem juntos'; havia conhecido as pessoas de [...] e [...] naquele mesmo dia, pois estes o haviam abordado para pedir carona; durante esta conversa, [...] e [...] perguntaram ao

> interrogando se ele fumava maconha e, ainda, se tinha consigo a droga; diante da resposta afirmativa do interrogando, pediram para irem fumar com o interrogando, com o que concordou o interrogando (Interrogatório judicial do réu - f. 79/80).

> R. estava com o carro do trabalho e não sei a marca; salvo engano era de cor preta; nós nos conhecemos na rua, conversamos; o depoente conhece quando uma pessoa fuma entorpecente; nós saímos fora da cidade para que a vizinhança não visse e o público; fomos o mais longe possível para fumar maconha; repentinamente a polícia apareceu; R. é que estava com a maconha e nós não tínhamos [...]; R. já tinha a maconha quando encontramos com ele e não houve qualquer pagamento nem troca ([...] - f. 215).

> O depoente estava com o acusado e também [...] quando foram abordados pela polícia; a gente já tinha fumado maconha; a maconha era de R.; ele deu gratuitamente para nós e ele também fumou junto; a gente conheceu ele lá mesmo; a gente tinha pego carona no carro de R.; a gente tinha fumado um cigarro e depois a polícia encontrou mais com R. ([...] - f. 217).

O ato de fornecer drogas a terceiros, ainda que gratuitamente, é comportamento que transcende o simples uso, pois previsto na norma que incrimina o tráfico ilícito de drogas, tanto na lei anterior quanto na atual.

Veja-se como nos assiste razão, conforme confronto dos tipos previstos nas duas leis:

> Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (art. 12, *caput*, Lei 6.368, de 1976).

> Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (art. 33, *caput*, Lei 11.343, de 2006).

Assim sendo, inviável promover a desclassificação para o tipo relativo ao uso de drogas, uma vez que a conduta eleita, nos dois diplomas legais, é aquela tida como tráfico, transcendendo o simples uso.

Nem mesmo o tipo do art. 33, § 3º, do diploma hodierno socorre o agente, pois falta requisito para a sua caracterização.

É que o chamado "uso compartilhado" (não seria uso, por estar a conduta dentro da punição pelo tráfico) não se aplica aos casos em que os agraciados com o entorpecente não são do relacionamento do réu, pois o tipo expressamente exige aludida condição ("a pessoa de seu relacionamento" - art. 33, § 3º, Lei 11.343, de 2006).

No caso em debate, o acusado forneceu drogas a pessoas que nem sequer conhecia, que lhe pediram carona justamente para poderem usufruir do tóxico, sem haver proximidade entre eles.

Assim sendo, não tem cabimento no caso a desclassificação pretendida.

A esse respeito, colhe-se exemplo doutrinário que bem se aproxima do caso em debate:

> Se um indivíduo oferece droga, em uma festa, por exemplo, a alguém que acabou de conhecer, mesmo que não haja finalidade de lucro e seja uma atitude isolada, não se aplica o disposto no § 3º do art. 33 (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 329).

Logo, incide a ação eleita pelo réu nas iras do art. 12 da Lei nº 6.368, de 1976, não nos sendo dado desclassificar a conduta em questão, nem mesmo aplicar a causa de redução do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343 de 2006.

É que aludida causa de diminuição tem em conta o patamar mais elevado de início de punição da lei atual, que parte de cinco anos de reclusão, não alcançando a lei anterior, mais branda em relação a seu preceito secundário (parte de três anos).

Além disso, estaríamos criando uma terceira lei, mosaica em relação ao diploma vigente, misturando parte do diploma normativa atual e do antigo, o que vem sendo repelido em decisões dos pretórios, formando-se corrente à qual aderimos e que assim pode ser ilustrada:

> Tráfico de drogas praticado sob a vigência da Lei nº 6.368/76. Impossibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. - A causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 tem aplicação restrita às condenações ocorridas com base na Lei nº 11.343/2006, não se podendo, assim, a pretexto de se aplicar a lei mais benéfica, combinar partes diversas das duas normas, porquanto isso implicaria, em última análise, a criação de uma terceira lei (STF - 1ª T - R*HC* 94802/RS - Rel. Menezes Direito - pub. em 20.03.2009).

Não se olvide que teria o acusado feito criminal anterior ("já foi preso e processado criminalmente pelo delito tipificado no art. 16 da Lei de Tóxicos" - f. 79), o que mitiga o requisito de bons antecedentes necessário à aplicação do benefício pretendido.

Dessa maneira, mantém-se a imputação já prevista na denúncia, com breves modificações do julgado, isso em relação à dosimetria penal.

É possível a elevação inicial das penas pelo alegado envolvimento do réu em fato delitivo anterior, tal como disposto na sentença, à f. 271, quando avaliados os antecedentes.

Sem embargo, tendo-se em conta o fornecimento gratuito da droga, como acima resta comprovado, não se pode afirmar que os motivos do crime são ligados à "avidez do lucro fácil", como também disposto na f. 271.

Dessa maneira, a elevação das penas-base há de

ser menor do que aquela operada em primeira instância, fazendo-se incidir ainda no caso a atenuante do art. 65, III, *d*, do Código Penal.

R. admitiu em juízo ter fornecido, sem intuito de lucro, droga a terceiros que conheceu na ocasião, sendo prova utilizada em seu detrimento, como acima destacamos.

Ora, se o ato admitido pelo réu é aquele que faz subsumir a conduta no tipo incriminador, tem-se confissão espontânea, fazendo incidir no caso a atenuante respectiva.

Aludido aspecto nos leva a recuar as sanções iniciais do agente, que já seriam menores em razão de nova avaliação das circunstâncias judiciais, a seu mínimo legal, então previsto em três anos de reclusão e cinquenta dias-multa (art. 12 da Lei 6.368/1976).

O regime inicial, a despeito dos valiosos argumentos em contrário, diante da equiparação da conduta a delitos tidos como hediondos, é o fechado, imposição já prevista à época do crime e vigente diante da redação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072, de 1990.

Por outro lado, a natureza do crime e a reiteração de condutas penais impedem que sejam adotadas medidas restritivas de direito, não compatíveis no caso com a repreensão que o comportamento deve ter.

Não atendem à situação em debate os requisitos do art. 44 do Código Penal, em especial pela nova incidência de R. em comportamento tido como crime.

Assim sendo, inviável adotarmos medidas mais brandas de punição.

Com tais fundamentos, dou parcial provimento ao recurso, para minorar as penas aplicadas ao apelante, isso diante de nova avaliação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

R.O.G. fica condenado nas iras do art. 12, *caput*, da Lei 6.368, de 1976, fixadas as penas em três anos de reclusão, regime inicial fechado, e cinquenta dias-multa, a unidade no mínimo legal.

Não aconselhável no caso a substituição, não havendo falar em *sursis*.

Demais imposições do édito, mantidas.

Custas, como previsto na sentença (f. 272).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JUDIMAR BIBER e ALBERTO DEODATO NETO.

Súmula - PROVIDO EM PARTE.

...

Disparo de arma de fogo (art. 15 da Lei 10.826/2003) e resistência - Policial militar - Nulidade do feito - Incompetência da Justiça Comum - Não cabimento - Crime cometido fora de serviço - Prova - Competência firmada - Legítima defesa - Absolvição - Inviabilidade - Versão isolada - Requisitos não atendidos (art. 25 do Código Penal) - Pena corretamente aplicada - Manutenção - Custas - Isenção - Art. 12 da Lei 1.060/50 e Súmula 58 do TJMG

Ementa: Apelação criminal. Crimes de resistência e disparo de arma de fogo. Policial militar. Preliminares de nulidade por incompetência da Justiça Comum para julgar o crime de resistência e de ausência do tipo penal previsto no art. 15 da Lei 10.826/03. Inocorrência. Autoria e materialidade comprovadas. Legítima defesa. Ausência de comprovação. Condenação mantida. Pena no mínimo legal. Redução. Impossibilidade. Isenção das custas processuais. Competência do Juízo da Execução. Preliminares rejeitadas, recurso não provido.

- "A Justiça Militar não tem competência para julgar policial que pratica crime em nada relacionado com o cargo exercido, sendo preso em trajes civis e fora do horário de trabalho" (*RJDTACrim* 22/89).

- Restando comprovadas a materialidade e a autoria, não merece prosperar o pleito absolutório fundado na excludente de culpabilidade da legítima defesa, pois para a sua configuração é necessário o reconhecimento de todos os elementos determinados pela lei, sendo imprescindível a demonstração da iminente e injusta agressão.

- A condição de miserabilidade do sentenciado não impede a sua condenação no pagamento das custas do processo. Entretanto, tal avaliação deve ser feita pelo Juízo de Execução, que é o competente para, se for o caso, suspender o pagamento das custas. Interpretação do art. 12 da Lei 1.060/50 e da Súmula nº 58 do TJMG.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0239.08.009706-0/001 - Comarca de Entre-Rios de Minas - Apelante: Vicente de Paulo Pereira - 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 Júlio César Lorens, incorporando neste o relatório de fls., na con-

formidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2011. - *Rubens Gabriel Soares* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - Vicente de Paulo Pereira, devidamente qualificado e representado nos autos, foi denunciado pela prática dos delitos previstos nos arts. 15 e 20 da Lei 10.826/03 e art. 329 do Código Penal, porque efetuou disparos de arma de fogo em local público e ainda resistiu à prisão no momento em que os milicianos tentavam prendê-lo.

Consta da exordial acusatória que, no dia 30 de março de 2008, logo após o almoço, o denunciado, que é policial militar, porém nesse dia se encontrava de folga, deixou sua residência em São Brás do Suaçuí/MG dirigindo-se à localidade de Pedra Negra, zona rural de Entre-Rios de Minas/MG, mais precisamente para a casa de sua esposa. Na tarde desse mesmo dia, dirigiu-se a uma localidade vizinha, qual seja São José das Mercês, mais conhecida como "Gambá", onde passou a ingerir bebidas alcoólicas no "Bar do Mineiro", local onde o denunciado entrou em atrito verbal com Luciano do Carmo Ferreira, em consequência de uma competição entre volumes de sons automotivos.

Narra a denúncia que, no calor da discussão, alguém arremessou algum objeto contra o veículo do denunciado, ao que este reagiu dizendo que "deixaria o local, mas que ali voltaria e os queimaria".

Assim, o denunciado dirigiu-se até sua residência em São Brás do Suaçuí/MG, onde, premeditadamente e movido por desejo de vingança, resolveu armar-se, dirigindo-se até o Destacamento da Polícia Militar, no qual prestava serviço, e ali apanhou uma arma de fogo tipo revólver, bem como munições, partindo novamente para a localidade de "Gambá".

Segundo consta, logo que o denunciado chegou ao "Gambá" adentrou o "Bar do Toninho", já exibindo aquela arma que trazia consigo, passando a indagar sobre o paradeiro de Luciano Ferreira, com quem havia discutido anteriormente. Não satisfeito por não ter encontrado Luciano, o denunciado deixou o interior do bar e, já do lado de fora, próximo ao seu veículo, sem se importar com a presença de diversas pessoas ali por perto, disparou dois tiros para o alto com aquela arma e munição pertencentes à Policial Militar, a qual não tinha autorização para portar.

A Polícia Militar foi acionada e policiais se fizeram presentes no local; ali chegando, encontraram o denunciado próximo a um outro bar exibindo a arma de fogo. Os policiais militares deram ordem ao denunciado para que procedesse à entrega da referida arma, a qual restou desobedecida pelo denunciado, sob alegações de que estava protegendo sua família, seguidamente ao que ainda efetuou três disparos, sendo um para o alto, um para o chão e o outro em direção às pessoas presentes nas imediações, não ferindo ninguém.

Consta que os milicianos tiveram que usar de força física para conter o denunciado, que ainda lhes ofereceu resistência, entrando em luta corporal com os policiais, os quais lograram êxito em tomar a arma, apreendendo-a (f. 02/04).

Apresentada a defesa preliminar (f. 54/55), a denúncia foi recebida em 18.12.2008 (f. 49). Após instrução processual, com oitiva de testemunhas (f. 309/311 e 316/328), interrogatório (f. 312/315), alegações finais das partes (f. 338/342 e 344/347), o MM. Juiz sentenciante, julgando procedente a peça acusatória, condenou o acusado, nos termos da denúncia, às penas de três (3) anos de reclusão em regime inicial aberto, substituindo-a por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, mais pagamento de quinze (15) dias-multa, à razão mínima (f. 348/369).

Inconformado, o réu recorreu, buscando em sede de preliminar, a nulidade do feito, por incompetência da Justiça Comum para julgar o crime de resistência praticado por militar contra militar e por ausência do tipo penal previsto no art. 15 da Lei 10.826/03. No mérito, requer a absolvição, ao fundamento de que agiu em legítima defesa sua e de sua família. Por fim, pugna pela redução das reprimendas ao mínimo legal e pela isenção de custas (f. 376/381).

Contrarrazões ministeriais às f. 382/388, pelo conhecimento do recurso. Em preliminar, que seja acatada a tese defensiva de incompetência da Justiça Comum para julgar o crime de resistência praticado por militar contra militar, mantendo-se no mais a sentença objurgada.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do apelo (f. 395/406).

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Primeiramente, passo à análise da preliminar de nulidade do feito por incompetência da Justiça Comum para julgar o crime de resistência praticado por militar contra militar.

As assertivas do apelante de que, por ser militar, mesmo não estando a serviço, nem fardado, e por ter praticado o crime de resistência à prisão contra militares, induziria à conclusão de competência da Justiça Militar para julgá-lo não merecem prosperar, *data venia*.

Com efeito, a competência para julgar fato delituoso praticado por policial militar contra policial militar é da Justiça Castrense, mas desde que praticado por militar em situação de atividade.

> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
> [...]
> II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:
> a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
> [...]

Nesse sentido:

> A Justiça Militar não tem competência para julgar policial que pratica crime em nada relacionado com o cargo exercido, sendo preso em trajes civis e fora do horário de trabalho (*RJDTACRIM* 22/89).

Conforme inequívocas provas dos autos, o réu não se encontrava em serviço, portava arma sem autorização legal, tendo efetuado disparos em local público, segundo ele próprio declarou.

Assim, impõe-se a rejeição da preliminar de nulidade arguida.

Quanto à segunda preliminar suscitada pela defesa, de ausência do tipo penal previsto no art. 15 da Lei 10.826/03, por ter o acusado efetuado os disparos de arma de fogo apenas com intuito de intimidar e ameaçar os civis que estavam agredindo o seu filho, mais uma vez sem razão o apelante.

Ora, prevê o art. 15 da Lei 10.826/03, *in verbis*:

> Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime:
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Verifica-se que, na verdade, a preliminar aventada se confunde com o próprio mérito do recurso, buscando o acusado a absolvição por excludente de ilicitude, qual seja a legítima defesa.

Assim sendo, rejeito a preliminar.

Ultrapassadas estas questões, verifica-se que o delito de resistência restou confessado pelo apelante e que a defesa pretende, como tese, a absolvição do delito previsto no art. 15 da Lei 10.826/03, sob alegação de ter agido em legítima defesa própria e de outrem. Aduz que fazia uso de arma de fogo para sua proteção e de sua família e que os disparos foram efetuados apenas para dispersar a multidão que se aglomerava no intuito de agredir o acusado.

Em que pesem as razões da defesa, não há como acolher o pleito absolutório pelo delito previsto no art. 15 da Lei 10.826/03, pois, ao contrário do que foi alegado, não há nos autos provas suficientes que comprovem ter o mesmo agido em legítima defesa.

A materialidade do crime de disparo de arma de fogo está consubstanciada por meio do boletim de ocorrência de f. 07/11, auto de apreensão (f. 21) e laudo de eficiência da arma de fogo (f. 34), que constatou que a arma apreendida se encontrava em bom estado de conservação e funcionamento; tudo em consonância com a prova oral produzida.

De igual modo, a autoria é incontroversa, mormente diante da confissão espontânea do próprio apelante, tendo o mesmo assumido a autoria do disparo e da resistência narrados na exordial, tanto na fase policial (f. 186/188) quanto em juízo (f. 312/315), alegando, contudo, ter agido em legítima defesa, *in verbis*:

> [...] que confirma todo o teor do depoimento prestado perante a autoridade policial [...] que no dia dos fatos estava de folga, pois tinha deixado o serviço às oito horas da manhã; que no dia do fato esteve na comunidade do Gambá por duas vezes; que na primeira vez estava desarmado e já na segunda vez [...] voltou armado, pois na noite anterior tinha atendido uma ocorrência sobre um roubo que tinha acontecido nas redondezas daquela comunidade e também porque balearam uma pessoa; que voltou armado porque só na segunda vez porque era à noite e na primeira vez quando esteve no local era durante o dia; que fez um requerimento para poder andar armado quando estivesse em dia de folga; que na época dos fatos o presente requerimento não tinha ainda sido deferido nem indeferido; que sabia que com a arma da Polícia não poderia andar e nem utilizá-la quando estivesse de folga a não ser que o seu requerimento fosse deferido [...] que não estava de farda no dia do fato [...] que no caminho de Entre-Rios de Minas para o Gambá, já na zona rural parou para urinar e neste momento carregou a arma com seis munições [...] que o local dos fatos se trata de um povoado com Bar, Igreja e várias casas; que na hora que as pessoas chegaram correndo atrás da viatura policial que também chegou no local o depoente pegou a sua arma e então coma arma para baixo viu as pessoas se aproximando; que o cabo Wagner lhe disse a seguinte frase: 'Me dá essa arma', que o depoente respondeu que não iria lhe dar a arma pois não tinha feito nada com a arma; que nesse momento viu que quando uma testemunha jogou o seu filho contra a viatura da polícia, que então efetuou o primeiro disparo para cima e gritou 'larguem o meu filho'; que então as pessoas saíram correndo; que Wagner insistia para o depoente entregar a arma; que disse para Wagner que não iria entregar a arma pois estava com medo da multidão [...] que então efetuou o segundo disparo para cima [...] que então os populares foram para o lado onde estava sua esposa e sua filha e aí o depoente efetuou o terceiro disparo, que todos os tiros foram com o intuito de intimidação dos populares para preservar a integridade física sua e de sua família [...] que por treinar tiros e ter trinta anos como policial se quisesse acertar qualquer pessoa certamente acertaria [...] que depois disso os policiais pularam no depoente e foi enforcado por um policial quando então todos caíram no chão e o depoente soltou a arma [...] (f. 312/315)

Como se vê, o próprio apelante afirma que, apesar de ser militar, naquele dia estava de folga e não tinha autorização para portar a arma apreendida em seu poder, alegando, no entanto, ter efetuado os disparos em legítima defesa.

Todavia, sua versão restou isolada nos autos, sem nenhum respaldo de prova ou verossimilhança capaz de

corroborar as alegações lançadas, sobretudo diante das demais testemunhas presenciais.

A propósito, merece destaque o depoimento do policial condutor Wagner Fernandes Reis prestado em juízo (f. 320), oportunidade na qual narra com minuciosa riqueza de detalhes o ocorrido, nos seguintes termos:

> [...] que no dia do fato estavam com o Cabo Pereira, a esposa dele, uma criança de nove anos e o filho do Cabo Pereira que se chama Geowany; que observou que o Cabo Pereira apresentava hálito de embriaguez [...] que o Cabo Pereira estava próximo a um bar e no local é uma zona rural com um aglomerado de casas, Igreja e Posto de Saúde [...] que o cabo Pereira efetuou três disparos de arma de fogo; que o primeiro disparo o Cabo Pereira apontou para cima e atirou; que o segundo disparo o Cabo Pereira apontou em direção ao chão e o terceiro disparo foi o perigoso, pois ele apontou em direção onde encontravam as pessoas; que as pessoas quando do terceiro disparo estavam a aproximadamente dez ou doze metros de distância do Cabo Pereira; que os disparos não acertaram ninguém [...] que o Cabo Pereira resistiu passivamente não entregando a arma e depois ativamente quando o depoente agarrou a arma dele e ele Cabo Pereira não soltava a arma e fazia força no sentido contrário; que então caíram ao chão por causa de tentarem tirar a arma do Cabo Pereira [...] que o Cabo Pereira que não viu nenhum dos populares em atitudes ameaçadoras em relação ao cabo Pereira no local [...] (f. 320).

No mesmo sentido são as declarações das testemunhas, em especial as de Ronaldo Pinheiro (f. 325), que sob o crivo do contraditório esclareceu em quais circunstâncias ocorreram os disparos realizados pelo acusado:

> [...] que o depoente viu o momento em que Vicente sacou a arma e deu três tiros para cima; que isso aconteceu próximo ao boteco do Toninho; que, quando Vicente efetuou esses disparos de arma de fogo, não tinha ninguém perto dele e nem fazendo menção de o agredir; que as pessoas que por ali se encontravam estavam afastadas de Vicente; que Vicente se encontrava embriagado; que, depois que os policiais chegaram perto dele e conversaram com ele e como Vicente não entregou a arma, os policiais tiveram que rolar com ele pelo chão para tomar a arma [...]

Diante dos depoimentos prestados, bem como pelos demais elementos de convicção produzidos durante a instrução criminal, não há como se reconhecer que o apelante efetuou os disparos agindo em legítima defesa, com o fito de se proteger de uma suposta agressão atual e iminente.

Segundo enunciado no art. 25 do Código Penal Brasileiro, age em legítima defesa "quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".

Na espécie, afere-se, dos depoimentos prestados pelas testemunhas que o ato praticado pelo acusado não preenche os requisitos previstos no citado artigo.

Assim, verifica-se que o apelante não agiu com o objetivo de se proteger de uma agressão, atual ou iminente, mas tão somente ameaçar ou intimidar este, como o próprio recorrente afirmou, ficando com isso afastada a tese de legítima defesa.

Logo, tendo o ora apelante efetuado dolosamente disparos de arma de fogo em local público, colocando em risco a integridade de terceiros, não há como se afastar a tipicidade de sua conduta, encontrando-se subsumida ao tipo legal descrito no art. 15 da Lei 10.826/03, bem como reconhecer a causa excludente de ilicitude consistente na legítima defesa própria.

Entendimento diverso legitimaria a todas as pessoas que se sentissem, de algum modo, ameaçadas de atos de violência, a portar arma e efetuar disparos.

Portanto, não há que se falar em ausência de provas da prática do crime de disparo de arma de fogo pelo ora apelante, nem tampouco para o delito de resistência, como demonstrado alhures.

Por fim, verifica-se que a pena privativa de liberdade imposta ao recorrente restou estabelecida em patamar mínimo e foi corretamente substituída por duas restritivas de direitos, de forma suficiente a prevenir e reparar o crime, não merecendo, assim, qualquer reparo.

Quanto ao pedido de isenção das custas, não tem razão o recorrente, porquanto é sabido que a escassez de recursos do sentenciado não impede a condenação de tal pagamento. Entretanto, caso comprovada a situação de miserabilidade do apelante, tal avaliação deve ser feita no Juízo de Execução, que é o competente para cobrar do réu as despesas processuais e, se for o caso, suspender a cobrança pelo prazo de cinco anos.

Esse entendimento já se encontra sumulado neste Tribunal através do Verbete nº 58, que dita:

> 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.

Ante o exposto, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso, mantendo integralmente as determinações constantes na sentença.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA e JÚLIO CÉSAR LORENS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Crime ambiental - Lei nº 9.605/1998 - Suspensão condicional do processo - Prazo expirado - Extinção da punibilidade - Inadmissibilidade - Laudo de constatação de reparação do dano - Não apresentação - Art. 28, I, da Lei nº 9.605/1998 - Obrigatoriedade - Prorrogação do prazo de suspensão do processo - Art. 28, II, da Lei nº 9.605/1998 - Decisão cassada

Ementa: Recurso em sentido estrito. Crime ambiental. Suspensão condicional do processo. Não comprovação da reparação do dano. Extinção da punibilidade. Impossibilidade. Recurso provido.

- A extinção da punibilidade disposta no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, em relação aos crimes ambientais, depende da apresentação de laudo de constatação de reparação de dano.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0334.07.-011609-3/001 - Comarca de Itapajipe - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: Valmir Ferreira de Araújo - 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 Pedro Vergara, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 1º de fevereiro de 2011. *Adilson Lamounier* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de ação penal pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, perante o Juízo da Comarca de Itapajipe, contra o recorrido Valmir Ferreira de Araújo, imputando-lhe a prática do delito previsto no art. 38, *caput*, da Lei 9.605/1998.

Transcorrido o prazo da suspensão condicional do processo, o douto Juiz *a quo* julgou extinta a punibilidade do recorrido (f. 50/51).

Irresignado, o Ministério Público interpôs o presente recurso (f. 53), alegando a necessidade de recuperação do dano ambiental para a extinção da punibilidade, conforme dispõe o art. 28 da Lei 9.605/98, razão pela qual pugna pela cassação da sentença, com o prosseguimento do feito (f. 56/61).

Em contrarrazões (f. 62), a defesa do recorrido pugnou pelo não provimento do recurso, com a manutenção da sentença recorrida.

Em juízo de retratação (f. 66-v.), a decisão foi mantida pelo d. Juiz *a quo*.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Procurador de Justiça, Dr. Cláudio Emanuel da Cunha (f. 72/75), opinou pelo provimento do recurso.

É o breve relatório.

Decido.

Conheço do recurso, já que presentes os seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Compulsando os autos, verifica-se que o recorrido foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 38, *caput*, da Lei 9.605/98. Proposta a suspensão condicional do processo, conforme documento de f. 34, o benefício restou aceito na audiência realizada em 11.02.2008, pelo período de 2 (dois) anos, mediante condições. Expirado o período de prova, sem revogação, o d. Magistrado *a quo* declarou extinta a punibilidade, nos termos do art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/1995 (f. 50/51).

A meu ver, as alegações do d. Representante do Ministério Público merecem prosperar.

Em relação ao crime ambiental, segundo o art. 28, inciso I, da Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a declaração de extinção da punibilidade prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95 depende da apresentação de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, o que não restou demonstrado nos autos. Veja-se:

> Art. 28, I, da Lei 9605/03 - a declaração de extinção da punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no *caput*, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo.

Nesse entendimento, já decidiu este eg. Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Conhecimento como recurso em sentido estrito. Suspensão condicional do processo. Revogação após período de prova. Impossibilidade. Recurso provido - 1 - A teor do art. 581, IX, do CPP, a decisão que indefere pedido de reconhecimento de causa extintiva da punibilidade desafia recurso em sentido estrito. - 2 - A Lei de Crimes Ambientais - Lei 9.605/1998 - em seu art. 28 excepciona a regra do art. 89, § 5º, da Lei 9.099/95, exigindo para a declaração da extinção da punibilidade, não só o decurso do período de prova sem revogação, mas, também, a comprovação da reparação do dano ambiental ou da impossibilidade de fazê-lo. - 3 - Comprovada, no entanto, a recuperação da área degradada e expirado o período de prova do benefício sem que tenha havido sua revogação, deve-se declarar extinta a punibilidade do recorrente, sem maiores

discussões a respeito de eventual descumprimento de quaisquer das outras condições. (TJMG, RSE nº 1.0637.03.021247-5/001. Relator Des. Eduardo Machado. Julgado em 22.06.2010.)

Recurso em sentido estrito. Art. 38 da Lei nº 9.605/98. Destruição de floresta considerada de preservação permanente. Suspensão condicional do processo. Extinção da punibilidade. Descabimento. Reparação do dano não comprovada. - A extinção da punibilidade, ao término da suspensão condicional do processo, condiciona-se à prévia comprovação de que o beneficiário da medida providenciou a reparação dos danos ambientais. Inteligência do art. 28 da Lei nº 9.605/98 e art. 89, § 3º, da Lei nº 9.099/95. (TJMG, RSE nº 1.0512.02.003179-9/001. Relator Des. Renato Martins Jacob. Julgado em 19.11.2009.)

Como ensina Silvio Maciel:

A suspensão condicional do processo nos delitos ambientais segue as regras estabelecidas no art. 89 da Lei 9.099/95, porém, com uma significante diferença: a extinção da punibilidade não se dará somente pelo juiz e pelo esgotamento do período de provas, estando condicionada ainda à reparação do dano ambiental (salvo impossibilidade de fazê-la), comprovada pericialmente por laudo de constatação de reparação de dano ambiental. Isso é o que dispõe o inciso I do art. 28.
Durante o período de suspensão do processo, que pode ser de 2 a 4 anos (art. 89, *caput*, da Lei 9.099/95), o acusado fica sujeito ao cumprimento das obrigações previstas no art. 89, §1°, I a IV, e §2°, da Lei 9.099/95 (proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades, além de outras especificadas pelo juiz).
Findo o período de suspensão, a declaração de extinção da punibilidade não dependerá, porém, apenas do cumprimento de tais condições. Será necessária a comprovação de laudo sobre a reparação do dano ou impossibilidade de fazê-la (art. 28, §1°). (*Legislação criminal especial*. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (Coord.) São Paulo: RT, 2009. *Coleção Ciências Criminais*, vol. 6, p. 735.)

Dessa forma, não havendo laudo ou qualquer documento demonstrando a reparação do dano causado ao meio ambiente, impositiva a prorrogação do prazo de suspensão do processo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 9.605/98.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para cassar a decisão que extinguiu a punibilidade do recorrido, devendo ser prorrogado o prazo de suspensão do processo.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO VERGARA e HERBERT CARNEIRO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Homicídio - *Aberratio ictus* com unidade complexa - Morte da vítima visada - Lesões corporais na vítima atingida por erro - Juiz-Presidente - Condenação contrária à decisão dos jurados

Ementa: Revisão criminal. Homicídio. *Aberratio ictus* com unidade complexa. Morte da vítima visada e lesões corporais na atingida por erro. Reconhecimento pelos jurados dos crimes de homicídio e de lesões corporais. Réu condenado pelo juiz-presidente por homicídio consumado e tentado. Impossibilidade. Contrariedade ao que foi decidido pelos jurados. Sentença contrária à lei expressa. Extinção da punibilidade.

- Contraria a lei expressa a decisão do Juiz-Presidente do Tribunal do Júri que condena o réu por tentativa de homicídio, apesar de os jurados haverem reconhecido que ele praticou o delito de lesões corporais.

- Não havendo nos autos representação da vítima de crime de lesões corporais e transcorrido o prazo decadencial, deve ser declarada extinta a punibilidade do réu.

REVISÃO CRIMINAL Nº 1.0000.10.018676-6/000 - Comarca de Belo Horizonte - Peticionário: Geraldo Maurício Carvalho - Relatora: DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES

Acórdão

Vistos etc., acorda o 1º Grupo de Câmaras Criminais 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, EM REJEITAR PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, POR MAIORIA, LEVANTADA DE OFÍCIO, PELO REVISOR. DEFERIR O PEDIDO. JULGAR EXTINTA A PUNIBILIDADE. VENCIDOS DES. REVISOR, 8º E 11º VOGAIS, QUANTO À PRELIMINAR.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2011. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

Inscreveu-se para proferir sustentação oral, pelo peticionário, o Dr. Obregon Gonçalves.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Sr. Presidente, pela ordem. Antes de o ilustre advogado proferir a sustentação oral, quero levantar uma preliminar de incompetência deste Grupo de Câmaras.

Este feito foi julgado pela 4ª Câmara Criminal e, dessa forma, entendo que está vinculado ao 2º Grupo

de Câmaras. Em consequência, a competência para julgar a revisão é do mesmo Grupo, e não deste.

Ab initio, submeto à apreciação da douta Turma Julgadora matéria preliminar de ordem pública consistente na incompetência deste 1° Grupo de Câmaras Criminais para o julgamento do presente feito.

Da análise detida dos autos originais, verifica-se que o apelo do ora peticionário, Geraldo Maurício Carvalho, foi julgado pela 4ª Câmara Criminal deste eg. Tribunal (f. 459/471 dos autos originais), cuja Turma Julgadora foi composta pelos Desembargadores Delmival de Almeida Campos (Relator), Eli Lucas Mendonça (Revisor) e Ediwal José de Morais (Vogal).

Logo, a competência para o julgamento da presente revisão é do 2° Grupo de Câmaras Criminais, órgão a que se vincula a 4ª Câmara Criminal deste eg. Tribunal.

Por oportuno, trago à colação o seguinte julgado:

> Ementa: Competência - Grupo de Câmaras Criminais. - Compete ao 1° Grupo de Câmaras Criminais processar e julgar as revisões criminais ajuizadas em face de apelações julgadas pelas 1ª, 2ª e 3ª Câmaras Criminais do TJMG. Ao 2° Grupo de Câmaras Criminais compete processar e julgar as Revisões Criminais. (TJMG, 2° Grupo C. Crim., RevCrim. n° 1.0000.07.466719/000, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, v.u., j. em 03.03.2009; pub. no *DJe* de 08.05.2009.)

Dessa forma, tenho que compete ao 2° Grupo de Câmaras Criminais deste Tribunal o julgamento da presente ação revisional.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido de, em preliminar de ofício, declinar a competência para o 2° Grupo de Câmaras Criminais.

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Sr. Presidente. Fui alertada pelo ilustre Revisor a respeito desta preliminar e entendi, *data venia*, que ela não procede, ao meu sentir, em atenção precípua à instrumentalidade do processo, e também, por entender que essa questão da competência relativa estaria sanada. Por isso, estou a rejeitar a preliminar.

DES. RENATO MARTINS JACOB - Sr. Presidente. Esta matéria já foi trazida algumas vezes neste Grupo de Câmaras pelo eminente Des. Hélcio Valentim e, a princípio, até o acompanhava, mas reformulei meu posicionamento, quando, em melhor exame da questão, detectei que a competência firmada pela distribuição tem natureza relativa. Então, a questão está sujeita à arguição oportuna da parte, preclusão e à demonstração de prejuízo. No caso, nenhuma dessas circunstâncias se faz presente - não houve arguição oportuna pela parte interessada e não há demonstração de prejuízo -, razão por que entendo que a competência é deste Grupo de Câmaras.

Com o devido respeito, coerente com posicionamento que já venho firmando neste órgão jurisdicional, rejeito a preliminar levantada pelo culto Revisor.

DES. FORTUNA GRION - Sr. Presidente. À luz do que dispõe o Regimento Interno deste Sodalício, também não vejo como entender absoluta a competência do Grupo de Câmaras integrado pela Câmara prolatora do acórdão.

Creio que, em processos de revisão criminal, também é livre a distribuição entre todos os Grupos de Câmaras Criminais existentes no Tribunal de Justiça.

Estudei essa questão e não encontrei o fundamento para basear a vinculação de uma revisão criminal ao Grupo integrado pela Câmara prolatora do acórdão na apelação, ou no recurso anterior, se houver revisão criminal.

Assim, estou acorde com os votos precedentes da Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires e do Desembargador Renato Martins Jacob.

DES. NELSON MISSIAS DE MORAES - Com a Relatora.

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM - Com a Relatora.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - Com a Relatora.

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - Com a Relatora.

DES. FURTADO DE MENDONÇA - Com a Relatora.

DES. CATTA PRETA - Com o Revisor.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - Com a Relatora.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Sr. Presidente. Pelo que estou a observar, penso que todos continuamos a confundir competência com atribuição.

Competência é matéria processual determinada pelo Código de Processo Civil e, também, pela Constituição, que é a Lei Maior.

Tudo aquilo que vem disposto no Regimento Interno não se refere à competência, mas sim à atribuição, para melhor racionalização do serviço que se desenvolve neste Tribunal.

Em assim sendo, o assunto não é de competência, é de atribuição e, numa quadra dessa, em que todos nós, o Brasil inteiro, pleiteia uma justiça célere e rápida, aceitar essa preliminar e enviar o processo de ação revisional para outro Grupo de Câmaras seria despender de mais o dobro do tempo que até agora já ocorreu.

Com vênia devida do eminente Colega, Des. Antônio Armando dos Anjos, que sempre levanta preliminares oportunas, justamente para clarear a situação, ponho-me de acordo com a não menos eminente Relatora, rejeitando a preliminar.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Sr. Presidente. Nesse caso específico, acompanho o Des. Antônio Armando dos Anjos.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES (Presidente) - Passo a palavra ao Dr. Obregon Gonçalves, para que proceda à sustentação oral, uma vez que a preliminar foi rejeitada por maioria.

Proferiu sustentação oral, pelo peticionário, o Dr. Obregon Gonçalves.

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Sr. Presidente. Com a clareza e a objetividade de sempre, o Dr. Obregon Gonçalves expôs da tribuna as peculiaridades do caso ora em julgamento. Em meu voto, acolho a pretensão revisional, nos exatos termos do pedido.

Meu voto é o seguinte:

Geraldo Maurício Carvalho foi julgado pelo Primeiro Tribunal do Júri desta Capital e condenado nos termos do art. 121, § 2º, incisos I e IV, e art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c art. 14, II, na forma dos arts. 73 e 70, todos do Código Penal, recebendo a pena de 19 anos e 10 meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado.

Apelou, e a Quarta Câmara Criminal deste Tribunal negou provimento ao recurso, sendo Relator do acórdão o Desembargador Delmival de Almeida Campos (f. 459/471, autos originários).

Transitada em julgado a decisão, interpõe o sentenciado, através de defensor constituído, a presente revisão criminal, por via da qual pretende a exclusão da condenação sofrida do delito de tentativa de homicídio, reconhecido em razão de haver ele, peticionário, atingido pessoa diversa da pretendida. Alega que, na realidade, o quesito submetido aos jurados referente ao crime resultante do erro na execução (art. 73, CP), descreve a autoria e a materialidade de delito de lesão corporal, e não de tentativa de homicídio. Salienta, ainda, que o quesito no qual se reconheceu o erro na execução foi elaborado de forma confusa. Aduz, por fim, que, ao reconhecer o erro na execução, decidiram os jurados contrariando a prova dos autos.

Requisitados e apensados os autos da ação penal originária, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo indeferimento do pedido.

É o relatório resumido.

Transitada em julgado a decisão condenatória, conheço do pedido revisional.

Segundo se verifica dos autos da ação penal originária, o ora peticionário foi denunciado, processado e pronunciado nos termos dos arts. 121, § 2º, incisos I e IV, 121, § 2º, incisos I, III e IV, e 121, § 2º, incisos I e IV, c/c art. 14, II, e art. 73, na forma dos arts. 29 e 69 do Código Penal, sob a acusação de haver efetuado disparos de arma de fogo contra Júlio Cezar dos Santos e Robson Ferreira Costa, matando-os, além de ter atingido, por erro na execução, Daniel Claudionor Rafael, que sofreu lesões corporais leves.

Submetido a julgamento perante o Primeiro Tribunal do Júri desta Capital, acabou condenado como incurso no art. 121, § 2º, incisos I e IV, e no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c art. 14, II, c/c art. 73, na forma do art. 70 do Código Penal, em razão da prática de homicídio consumado contra Júlio Cezar dos Santos e da tentativa de homicídio contra Daniel, lesionado devido a ocorrência de erro na execução do delito praticado contra o primeiro (vítima visada).

Pretende a defesa do peticionário obter a exclusão da condenação por tentativa de homicídio, decorrente do erro na execução, sob a alegação de não ter sido formulado quesito referente ao citado delito.

Assiste-lhe razão.

Constata-se que o quesito relativo ao erro na execução que resultou em lesões corporais contra a vítima Daniel Claudionor Nazaré está assim redigido:

> Um dos projéteis propelidos em face das vítimas pretendidas, desviando-se da direção desejada pelo acusado e terceiras pessoas, seus comparsas, atingiu, em erro de execução, a vítima Daniel Claudionor Nazaré, causando-lhe lesões corporais descritas no laudo de f. 322/323 (f. 384 - autos ação penal originária).

Seguiram-se ao quesito acima outros dois, relativos às circunstâncias agravantes e atenuantes incidentes na espécie, não sendo formulado quesito referente à tentativa propriamente dita (f. 384 - autos da ação penal originária).

Sendo assim, forçoso concluir que o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, ao reconhecer que Daniel Claudionor Nazaré foi vítima de tentativa de homicídio, decidiu contrariando a decisão dos jurados, já que estes apenas reconheceram, em relação à aludida vítima, a prática do delito de lesões corporais.

E, na espécie, não há mesmo que se falar em ocorrência de tentativa de homicídio. É que, em se tratando da chamada *aberratio ictus* (erro na execução) com unidade complexa, ou seja, na hipótese em que o resultado é duplo, ocorrendo a morte da vítima visada e lesões corporais em relação à atingida, devido ao erro na execução, deve o agente responder por homicídio em relação à primeira vítima e lesões corporais quanto à segunda.

A respeito da ocorrência de *aberratio ictus* com unidade complexa, Damásio Evangelista de Jesus, ensina o seguinte:

> Ocorre quando o agente atinge a pessoa que pretendia ofender e também uma terceira pessoa. Aplica-se a 2ª parte do art. 73: 'No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste código'. Forma-se uma unidade complexa, tendo aplicação o princípio do concurso formal de crimes. Na realidade, se o agente atinge a pessoa que pretendia ofender e também uma terceira, existem dois crimes: um homicídio doloso (tentado ou consumado) em relação à vítima que pretendia ofender e um homicídio ou lesão corporal culposos em relação ao terceiro (*Direito penal*. Parte Geral. 17. ed., v.1, p. 278).

A jurisprudência a respeito não discrepa. Vejamos:

> Ocorre *aberratio ictus* com unidade complexa, com resultado duplo, quando o agente, por desvio de trajetória do projétil, além de atingir a pessoa a quem não visava, atinge também a pessoa a quem realmente pretendia ofender. Se o agente fere pessoa diversa e mata aquela realmente visada, consideram-se existentes dois delitos: um, de lesão corporal em relação à primeira, e outro, de homicídio doloso em relação à segunda, devendo ser aplicada, no caso, a regra do art. 70 do CP, por se tratar de concurso formal de delitos, consoante preceitua a última parte do art. 73 do mesmo Diploma Penal (*RT* 696/378).

Em tal contexto, imperiosa seria a retificação da pena imposta, adequando-se a decisão do Juiz-Presidente à proferida pelos jurados, para o fim de se reconhecer a prática do delito de lesões corporais como delito decorrente do erro de execução, resultando a imposição de sanção bem menor para o réu. Isso porque, segundo regra contida no art. 73, última parte do CP, quando ocorre a *aberratio ictus* com unidade complexa, aplica-se a regra prevista no art. 70 do mesmo diploma legal, ou seja, a pena é aumentada de 1/6 a 1/3, conforme o caso. Na hipótese dos autos, a reprimenda foi aumentada de 1/6 (um sexto), ou o correspondente a 02 anos e 10 meses de reclusão. Entretanto, segundo prevê o parágrafo único do mencionado art. 70, no caso de ocorrência de concurso formal de delitos, não poderá a pena exceder à que seria cabível com a aplicação da regra do art. 69 do Código Penal.

Pois bem, na hipótese de que o Juiz-Presidente tivesse acatado a decisão dos jurados reconhecendo o crime de lesões corporais, não poderia aplicar o aumento de 1/6 (um sexto), que, como visto, corresponde, *in casu*, a 02 anos e 10 meses, mas, sim, somado as penas respectivas, já que a pena máxima cominada ao delito de lesões corporais - na modalidade culposa ou dolosa - é de apenas 01 ano.

Entretanto, não há como retificar a sanção imposta ao peticionário, tendo em vista que ação penal relativa ao delito de lesões corporais é pública condicionada à representação da vítima, que inexiste *in casu*. Falta, assim, condição de procedibilidade ao início da ação penal respectiva.

Por outro lado, transcorridos mais de 06 meses entre a data em que a vítima teve ciência do fato e a presente data, houve decadência do direito de representação.

Ao impulso de tais razões, defiro o pedido revisional, com fulcro no art. 621, I, do CPP, pois a sentença impugnada foi contrária à lei expressa, ao não acatar a decisão dos jurados. De ofício, declaro extinta a punibilidade do peticionário em relação ao delito praticado contra a vítima Daniel Claudionor Nazaré, fazendo-o com fulcro no art. 107, IV, do Código Penal.

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Sr. Presidente. Superada a questão preliminar que levantei, no mérito, estou inteiramente de acordo com a eminente Relatora.

DES. RENATO MARTINS JACOB - De acordo com a Relatora.

DES. FORTUNA GRION - De acordo.

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS - De acordo.

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM - De acordo.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - De acordo.

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - De acordo.

DES. FURTADO DE MENDONÇA - De acordo.

DES. CATTA PRETA - De acordo.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - De acordo.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - De acordo.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - De acordo.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, POR MAIORIA, LEVANTADA DE OFÍCIO, PELO REVISOR. DEFERIRAM O PEDIDO. JULGARAM EXTINTA A PUNIBILIDADE. VENCIDOS OS DESEMBARGADORES REVISOR, 8º E 11º VOGAIS, QUANTO À PRELIMINAR.

...

Contravenção penal - Perturbação do sossego alheio - Briga de casal - Impossibilidade

Ementa: Penal. Perturbação do sossego alheio. Art. 42, I, do DL 3.688/41. Condenação. Impossibilidade.

- A briga de um casal, ainda que em tom mais alto, é insuficiente para configurar a contravenção prevista pelo art. 42, I, do Decreto-lei 3.688/41, uma vez que esta somente se perfaz quando o fato atinge a tranquilidade de um número indeterminado de pessoas.

Desprovimento do recurso que se impõe.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0069.08.022479-8/001 - Comarca de Bicas - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Paulo Soares Ribeiro - 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, 25 de janeiro de 2011. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata a espécie de recurso de apelação interposto pelo representante do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face da sentença de f. 104/108, que julgou improcedente o pedido contido na denúncia e absolveu Paulo Soares Ribeiro da contravenção penal prevista no art. 42, I, do Decreto-lei nº 3.688/41.

Nas razões de f. 112/118, sustenta-se que não merece prosperar a sentença de primeiro grau, pois, nos autos, existe uma sucessão de indícios, coerentes e concatenados, que são suficientes para respaldar a condenação pelo cometimento da contravenção penal tipificada no art. 42, I, do Decreto-lei nº 3.688/41.

Consta da denúncia que

> [...] em 18 de agosto de 2007, por volta das 23h30min, o denunciado chegou a sua residência embriagado e, como sua esposa não abria a porta, começou a gritar do lado de fora, perturbando o sossego de vários vizinhos durante muito tempo [...].

Observa-se que a denúncia imputa ao apelado a prática de perturbação ao sossego.

Consta o seguinte do Decreto-lei nº 3.688/41, quanto a contravenções penais referentes à paz pública:

> Art. 42. Perturbação do trabalho ou do sossego alheios:
> I - com gritaria ou algazarra; [...].

O fato denunciado não configura a contravenção, uma vez que esta somente se perfaz quando o fato atinge a tranquilidade de um número indeterminado de pessoas.

O apelado Paulo Soares Ribeiro (f. 87/90) nega os fatos imputados em Juízo:

> [...] que o depoente não se recorda da data dos fatos narrados na denúncia; que o depoente tinha um problema com sua ex-esposa, pois ela deixava a porta trancada e o depoente tinha que esperar ela chegar para poder entrar na casa; que a sogra do depoente morava na casa e não permitia a entrada do depoente, dizendo que a chave do imóvel estava com a ex-esposa do depoente; que o depoente já chegou a casa embriagado; que o depoente não tinha onde ficar e era impedido de entrar em casa mesmo não estando embriagado; que o depoente não chegou a fazer boletim de ocorrência; que a ex-esposa chegou a queimar o depoente; que o depoente não se recorda se estava embriagado quando dos fatos narrados na denúncia; que o depoente se recorda que ocorriam discussões com sua ex-esposa, acontecendo escândalos, mas o depoente não se recorda do dia específico narrado na denúncia; que o depoente não tinha as chaves de sua casa, uma vez que a juíza colocou que sua ex-esposa era única pessoa que poderia ter as chaves [...].

Corroborando o seu relato, as testemunhas foram uníssonas em afirmar que o apelado não tem vínculo com o fato denunciado, se não, vejamos:

> [...] que a depoente se recorda dos fatos narrados na denúncia, esclarecendo que não presenciou tais fatos narrados na denúncia; que a depoente é vizinha afastada da casa do casal, mas pode ser que nesse dia não estava em casa; que a depoente já viu o acusado bebendo em bares; que a depoente nunca viu o acusado com comportamento alterado [...]; que a depoente nunca viu o acusado gritando na porta de casa; que a ex-esposa do acusado já chegou a reclamar sobre a perturbação que o acusado lhe causava; que a ex-esposa do acusado não chegou a comentar com a depoente que deixava a porta trancada para não permitir a entrada do acusado; que a ex-esposa do acusado só reclamou com a depoente que ele bebia muito e ficava muito alterado [...] - Marli de Almeida Matos - f. 79/80.

> [...] que o depoente não se recorda dos fatos narrados na denúncia; que o depoente é vizinho da casa do acusado, mas não viu nada; que o depoente tem conhecimento que o acusado faz uso de bebidas alcoólicas e já o viu bêbado; que o depoente nunca viu o acusado fazendo escândalos; que o depoente já ouviu falar que o acusado se desentendia com a esposa em vista da embriaguez; que o depoente, por ser vizinho, já ouviu o acusado e sua ex-esposa trocando palavras, gritando um com o outro; que o depoente é vizinho

aparelhado da casa do acusado e chegou a ouvir as discussões do casal, mas nunca presenciou qualquer tipo de agressão física entre eles [...] - José Carlos Rocha - f. 81/82.

[...] que o depoente chegou a presenciar o acusado batendo na porta da residência dele, numa noite de chuva, e era impedido de entrar por sua ex-esposa; que o depoente, em vista dessa situação, chamou o acusado para dormir na sua casa, fato que se tornou corriqueiro; que o acusado era impedido de dormir em sua casa porque sua ex-esposa cismava que ele estava bêbado; que o depoente já chegou a presenciar o acusado dormindo no interior de um carro velho, com as pernas estiradas e já ouviu falar que ele dormia no terraço da casa; que o depoente também já ouviu falar que o acusado era obrigado a fazer café no chuveiro da casa porque não tinha acesso à cozinha; que o acusado também dormia na casa de um amigo, que já faleceu, no Bairro Saracura; que o acusado tem um problema nas pernas [...] - Carlos Reis Arruda - f. 85/86.

Pelo que se vê a briga de um casal, ainda que em tom mais alto, não pode ser confundida com algazarra ou gritaria.

Nesse sentido, orienta a jurisprudência, se não pacífica, pelo menos francamente dominante. Vejamos:

A perturbação de que cogita o art. 42 da LCP não pode ser considerada em termos absolutos, mas sempre atendendo à situação concreta, especialmente de tempo e lugar. Não é a suscetibilidade de um indivíduo que conta, mas as circunstâncias de cada caso (*Jutacrim* 73/393).

A contravenção do art. 42, I e II, da lei respectiva visa à proteção das pessoas *in genere*, isto é, de um número indeterminado de pessoas, e não de um indivíduo, mais sensível, considerado isoladamente (*Jutacrim* 78/364).

Neste tribunal, o entendimento não destoa:

Para a caracterização da contravenção do art. 42 da LCP, é necessário que uma pluralidade de pessoas sofra a perturbação, sendo insuficiente o transtorno de um só indivíduo, máxime se inexiste prova do abuso (*RJD* 26/154).

Não tendo o fato atingido um número indeterminado de pessoas, certificado que não se encontra a contravenção penal denunciada.

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso ministerial.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Furto - Pena - Trânsito em julgado para o Órgão Ministerial - Réu menor de 21 anos à época do crime - Prescrição da pretensão punitiva - Ocorrência - Declaração de ofício - Mérito prejudicado - Receptação - Negativa de autoria - Ausência de elementos de convicção - Absolvição decretada

Ementa: Apelação criminal. Furto e tentativa de furto. Recurso do Ministério Público quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Trânsito em julgado em relação à quantidade de pena. Prescrição. Receptação. Dúvida sobre a autoria delitiva. Absolvição. Declarada de ofício a prescrição. Julgado prejudicado o recurso do Ministério Público (1º). Dado provimento ao recurso de Aldo para absolvê-lo (2º).

- Ainda que o Ministério Público recorra, desde que não o faça em relação à quantidade de pena aplicada, a prescrição pode ser declarada antes da análise do mérito de seu recurso (inconformismo quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos) em face do princípio que veda a *reformatio in pejus*.

- Havendo trânsito em julgado para a acusação em relação ao *quantum* da pena, a prescrição deve ser calculada tomando-se por base a quantidade de pena aplicada concretamente pelo juízo de primeiro grau.

- Transcorrido lapso temporal superior ao exigido em lei entre os marcos interruptivos da prescrição, quais sejam o recebimento da denúncia e a sentença condenatória, deve ser declarada extinta a punibilidade do agente.

- Um conjunto probatório franzino não autoriza a condenação. Além da prova da existência do crime, é preciso, para uma condenação penal, em face de sua natureza gravosa, que o Ministério Público se desincumba de provar suficientemente a autoria delitiva.

- Declarada a prescrição de ofício. Recurso ministerial julgado prejudicado (1º). Dado provimento ao apelo defensivo para absolver o réu (2º).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0071.06.028385-1/001 - Comarca de Boa Esperança - 1º Apelante: Ministério Público Estado Minas Gerais - 2º Apelante: Aldo Xavier de Oliveira - Apelados: Alex Oliveira Lima, Ministério Público Estado Minas Gerais - 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 Duarte de Paula, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM JULGAR PREJUDICADO O RECURSO MINISTERIAL, DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE ALDO XAVIER DE OLIVEIRA E DECLARAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DE ALEX OLIVEIRA, PELA PRESCRIÇÃO.

Belo Horizonte, 13 de janeiro de 2011. - *Marcílio Eustáquio Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - O primeiro apelo foi interposto pelo Ministério Público, o qual, por meio de seu d. representante legal, requereu a modificação da sentença condenatória, para que dela seja decotada a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos operada em favor de Alex Oliveira Lima. Sustenta o d. órgão acusatório que Alex possui péssimos antecedentes e que, por tal razão, não faz jus ao benefício.

Contrarrazões defensivas acostadas às f. 209/216, para que seja negado provimento ao recurso e, ainda, para que Alex Oliveira Lima seja absolvido por insuficiência de provas; requer, também, seja reduzida sua pena e concedida a isenção das custas processuais e da pena de multa.

O segundo recurso foi interposto por Aldo Xavier de Oliveira, o qual, inconformado com a sentença que o condenou à pena de um ano de reclusão, em regime inicial aberto, e a dez dias-multa, fixado o valor da unidade no mínimo legal, pleiteou a absolvição por ausência de provas da autoria delitiva.

O d. representante ministerial apresentou contrarrazões ao recurso, f. 217/218, pugnando por seu não provimento.

Alex Oliveira Lima foi intimado da sentença à f. 172 e não recorreu. Ele foi condenado em primeira instância à pena de um ano e oito meses de reclusão, em regime aberto, e a vinte e seis dias-multa, fixado o valor da unidade no mínimo legal, como incurso nas iras do artigo 155, § 1º, do Código Penal e à pena de oito meses de reclusão, em regime inicial aberto, e a dez dias multa, valor da unidade no mínimo legal, como incurso nas iras do artigo 155, § 1º, c/c art. 14, II, do Código Penal.

O corréu Cristiano Fernando de Araújo foi absolvido das imputações, com fulcro no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal. Foi pessoalmente intimado desta decisão à f. 174.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que, no dia 25 de maio de 2006, durante o período da madrugada, na Rua Princesa Isabel, 523, Nova Era, na Comarca de Boa Esperança, Alex Oliveira Lima subtraiu para si dois tacógrafos de caminhão, avaliados em R$ 800,00 cada um, pertencentes à vítima João Almeida Barbosa.

Segundo se apurou, na data dos fatos, Alex adentrou na propriedade de João Almeida Barbosa e subtraiu dentro dos caminhões os objetos mencionados. Apurou-se, também, que Aldo Xavier de Oliveira adquiriu de Alex os tacógrafos por valor abaixo do de mercado, pagando por eles R$ 100,00, sabendo ser produto de furto.

Consta, ainda, que Aldo escondeu os objetos na casa de Cristiano Fernando de Araújo, à espera de outro comprador. Segundo a denúncia, Cristiano também sabia da origem ilícita do objeto.

A denúncia foi recebida no dia 21 de setembro de 2006, f. 75, e a sentença condenatória foi publicada em mãos do escrivão no dia 11 de agosto de 2009, f. 160.

O réu Aldo Xavier de Oliveira foi pessoalmente intimado da sentença condenatória à f. 186.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer à f. 224/228, opinando pelo provimento do apelo ministerial e não provimento do recurso da defesa.

É o relatório do necessário.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Prescrição: matéria de ordem pública. Recurso do Ministério Público em face de Alex Oliveira Lima (1º).

Inconformado com a sentença monocrática, o d. Representante Ministerial dela recorreu, exclusivamente para decotar o benefício concedido a Alex Oliveira Lima de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo, portanto, se conformado em relação ao quantitativo de pena aplicado concretamente ao agente.

Nessa esteira, podemos dizer que transitou em julgado para o Ministério Público a quantidade de pena aplicada ao réu Alex, uma vez que, se ele não pleiteou expressamente em seu recurso o aumento, este Tribunal, em homenagem ao princípio que veda a *reformatio in pejus*, não poderia fazê-lo de ofício.

Havendo trânsito em julgado para a acusação em relação à pena concretamente aplicada, o cálculo prescricional deve ser feito mesmo antes da análise do mérito do apelo do Ministério Público, que se refere, nesse caso, tão só à concessão de pena restritiva de direitos ao réu. Caso declarada a prescrição, o mérito será julgado prejudicado.

No presente caso, Alex Oliveira Lima foi condenado em primeira instância à pena de um ano e oito meses de reclusão, além de vinte e seis dias-multa, por crime consumado de furto, bem como à pena de oito meses de reclusão e dez dias-multa, por crime tentado de furto.

Cada uma dessas penas deve ser considerada de forma isolada para o cálculo prescricional, conforme disciplina do artigo 119 do Código Penal.

Conforme a redação do artigo 109, VI e V, do Código Penal, respectivamente, a pena de oito meses

prescreve em dois anos e a pena de um ano e oito meses, em quatro anos. Considerando-se, contudo, que o réu ao tempo do crime era menor de vinte e um anos de idade, o lapso prescricional deve ser computado pela metade, segundo regra do artigo 115 do Código Penal.

Temos, assim, que a denúncia foi recebida em 21 de setembro de 2006 e a sentença condenatória publicada em mãos do escrivão em 11 de agosto de 2009; logo, entre ambos os marcos interruptivos transcorreu tempo superior ao exigido em lei, em relação a ambos os delitos, para a aplicação de pena ao agente pelo Estado, sendo agora cogente a declaração da prescrição e extinção da punibilidade do réu.

A pena de multa prescreve no mesmo lapso temporal da privativa de liberdade, com a qual é cumulativamente aplicada (art. 114, II, do Código Penal). A pena restritiva de direitos prescreve também junto com aquela que substitui (art. 109, parágrafo único, do Código Penal).

Por tais considerações, declaro de ofício a prescrição da pretensão punitiva na modalidade intercorrente em benefício de Alex Oliveira Lima, extinguindo-se sua punibilidade em relação aos crimes previstos nos artigos 155, § 1º, do Código Penal e 155, § 1º, c/c art. 14, II, do Código Penal, com fulcro nos artigos 107, IV, c/c art. 109, V e VI, c/c art. 109, parágrafo único, c/c arts.114, II, e 155, todos do Código Penal, e art. 61 do Código de Processo Penal.

Julgo prejudicada a análise do mérito recursal do d. Ministério Público.

Recurso de Aldo Xavier de Oliveira (2º).

Analisei atentamente as razões recursais da combativa Defesa, as contrarrazões do ilustre Promotor de Justiça, bem como o esclarecedor parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, e, atendo-me aos elementos coligidos, tenho que o apelo merece ser provido, pelos motivos que declino:

Embora a materialidade do crime tenha sido provada pelo auto de apreensão (f. 28) e laudo de constatação (f. 29), a autoria não restou suficientemente comprovada nos autos.

A não ser pelo fato de algumas testemunhas terem dito que "ouviram dizer" que Aldo estava envolvido com tráfico de drogas e receptação, nada há nos autos de concreto que seja apto a embasar a condenação.

Aldo Xavier de Oliveira negou com firmeza a autoria durante todas as vezes em que foi interrogado, seja na fase inquisitória (f. 23/24), seja em juízo (f. 97). Nessas oportunidades, falou que estava na porta da delegacia e que o detetive Flávio solicitou que comparecesse a sua sala; que lá chegando Flávio teria atribuído a autoria da negociação do tacógrafo a sua pessoa e, depois, foi novamente procurado pelo detetive para que ele o ajudasse a localizar o objeto.

Maurílio Santos Rocha (f. 128) disse em juízo que:

> Nada sabe dizer sobre os fatos narrados na denúncia. Que chegou a trabalhar um curto espaço de tempo como entregador para o Aldo Xavier, e acha ele uma boa pessoa. Não sabe de fatos envolvendo o réu Aldo Xavier em atos ilícitos. [...].

Elke Cláudio Mesquita (f. 130) afirmou por sua vez que:

> Não tem ciência dos fatos narrados na denúncia. Vem pouco na cidade, mas conhece o réu Aldo Xavier e tem ele como ótima pessoa. Existem boatos de que o réu Aldo Xavier se encontra envolvido com tráfico de entorpecentes e receptação de objetos ilícitos, mas não acredita nestas histórias.

Aníbal Felizário Barbosa (f. 132) em juízo confirmou que:

> A pessoa que lhe ofereceu o tacógrafo não é o réu que se encontra presente a esta sala de audiência, Aldo Xavier, mas se tratava de uma pessoa de estatura mediana, de cor clara, jovem e que usava boné. Não ouviu histórias de que o réu Aldo estivesse receptando tacógrafo.

Gilson César de Lima, vítima, também disse (f. 133) que:

> Ouviu comentários na rua de que o réu Aldo Xavier estaria envolvido em tráfico de entorpecentes e receptação de objetos ilícitos, mas não tem prova de nada.

Segundo a vítima João Almeida Barbosa (f. 134):

> Não chegou a conhecer os réus Alex e Cristiano, conhecendo o réu Aldo Xavier. Não sabe se o tacógrafo que lhe foi restituído estava com o réu Aldo Xavier.

Todos estes relatos extraídos da fase judicial, inclusive as declarações das vítimas, estão no sentido de que, embora haja boatos do envolvimento do réu com crimes, não existem provas concretas de que, nesse caso específico, ele seja o responsável pela receptação dos tacógrafos furtados.

Condená-lo neste caso concreto por crime de receptação seria o mesmo absurdo que condená-lo também por tráfico, com base apenas no relato de testemunhas que "ouviram dizer" de seu envolvimento com os dois crimes.

Apenas a testemunha Rodrigo (f. 131) disse recordar-se da investigação feita pelo policial Flávio e que os tacógrafos teriam sido apreendidos com Aldo. Vejamos:

> Recorda-se da investigação feita pelo policial Flávio e de que os tacógrafos haviam sido encontrados em poder do Aldinho. Não sabe prestar maiores informações. Existem vários mandados de prisão e inquéritos em abertos contra o réu Aldo Xavier, sendo ruim a conduta social do mesmo. O Alex também pratica muitos furtos, não tendo ciência de outros processos envolvendo o réu Cristiano. Não presenciou a apreensão dos tacógrafos que foi feita pelo Flávio.

Entretanto, na fase policial, observamos pela comunicação de serviço (f. 16/18) que o tacógrafo foi apreendido com Aníbal, que o comprou de segunda mão de alguém desconhecido, sendo que em juízo Aníbal afirmou que tal pessoa não se tratava de Aldo Xavier.

O fato de Aldo possuir vasta ficha criminal não autoriza, por si só, a conclusão de que ele seja o autor do crime apurado. Para isso, seria necessário existirem fortes elementos de convicção que ultrapassassem a simples dúvida da autoria, fato que não vislumbramos no presente caso.

O detetive Flávio, que teria apreendido os tacógrafos, nem sequer foi inquirido, seja na fase inquisitória, seja em juízo; Aníbal, que teria adquirido o objeto do apelante, negou em juízo esse fato, afirmando que Aldo não era o autor da receptação. De igual maneira, as vítimas afirmaram não ter provas do envolvimento de Aldo no caso em questão.

Em razão do gravame que uma condenação penal causa à vida do indivíduo, ela somente deve existir ante a existência de provas suficientes da autoria delitiva; a dúvida deve ceder espaço à absolvição, para preservação dos direitos fundamentais do réu e, em segundo plano, da sociedade.

Posto isto, declaro de ofício a prescrição em face de Alex Oliveira Lima, pelos dois crimes de furto; julgo prejudicado o mérito do apelo ministerial (1º) e dou provimento ao recurso de Aldo Xavier de Oliveira (2º) para absolvê-lo do crime previsto no artigo 180, *caput*, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Em relação a Alex Oliveira Lima, como a declaração se trata de prescrição da pretensão punitiva, que equivale à absolvição, fica o réu isento do pagamento das custas e de eventuais registros cartorários.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CÁSSIO SALOMÉ e DUARTE DE PAULA.

Súmula - JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO MINISTERIAL, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE ALDO XAVIER DE OLIVEIRA E DECLARARAM A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DE ALEX OLIVEIRA, PELA PRESCRIÇÃO.

. . .

Posse ilegal de arma de fogo de uso permitido - *Abolitio criminis temporalis* - Constitucionalidade - Atipicidade

Ementa: Apelação criminal. Posse ilegal de arma de fogo de uso permitido. Delito praticado sob o pálio da *abolitio criminis temporalis*. Constitucionalidade da norma abolicionista. Conduta atípica. Absolvição sumária. Necessidade.

- A conduta de possuir armas de fogo em situação irregular, no período compreendido entre a edição do novo Estatuto do Desarmamento e 31 de dezembro de 2008, não desafia a imposição de pena, visto que temporariamente atípica.

- As medidas provisórias que prorrogaram os prazos para regularização ou entrega das armas de fogo possuídas em situação irregular, também as leis delas originadas, absolutamente não padecem de inconstitucionalidade, já que nada versaram sobre matéria penal, mas antes cuidaram de tema de Direito Administrativo, com mera repercussão no âmbito penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0352.08.043036-1/001 - Comarca de Januária - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Odaides Silva de Jesus - 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, 22 de março de 2011. - *Fortuna Grion* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FORTUNA GRION - O Ministério Público denunciou Odaides Silva de Jesus, devidamente qualificado nos autos, como incurso nas iras do art. 12 da Lei 10.826/03, isto porque estaria ele, em 1º.04.08, por volta das 17 horas, na localidade denominada "Tabocas", zona rural do Município de Bonito de Minas/MG, na posse de uma arma de fogo de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Esclarece a exordial que policiais militares, comunicados de que o acusado ameaçava a pessoa de Raimundo Carneiro de Oliveira, dirigiram-se à residência de Odaides, onde encontraram, sob a cama existente em um dos quartos do imóvel, uma espingarda do tipo "polveira", com marca e numeração suprimidos.

Após recebida a denúncia, o réu foi sumariamente absolvido da imputação de posse ilegal de arma de fogo que lhe fora feita na denúncia, sob o fundamento de que

essa conduta foi perpetrada sob o pálio da intitulada *abolitio criminis temporalis*.

Inconformado, apelou o Ministério Público buscando, em suas razões recursais, a condenação do acusado como incurso nas iras do art. 12 da Lei 10.826/03 (f. 46/53).

Em contrarrazões, a defesa pugnou pelo desprovimento do recurso, mantendo-se íntegra a sentença combatida (f. 56).

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 72/75, manifestou-se pelo desprovimento do apelo ministerial.

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.

Como alhures relatado, o Ministério Público pleiteia a condenação do apelado como incurso nas iras do art. 12 da Lei 10.826/03.

Para tanto, sustenta que a norma abolicionista invocada na sentença combatida, que descriminalizou temporariamente a conduta de possuir arma de fogo em situação irregular, é flagrantemente inconstitucional.

Penso razão não lhe assistir.

Com efeito, a materialidade encontra-se positivada pelo auto de apreensão de uma espingarda do tipo "polveira" (f. 16) e pelo laudo pericial, que atestou a eficiência e a prestabilidade da arma de fogo arrecadada (f. 21/22).

Além disso, há indícios suficientes da autoria delitiva, revelados, sobretudo, pelas declarações embrionárias das testemunhas Gilberto Magalhães Carneiro (f. 05) e Raimundo Carneiro de Oliveira (f. 07), também pela confissão policial apresentada pelo recorrido Odaides Silva de Jesus (f. 08).

Conquanto comprovada a materialidade e presentes indícios de autoria, entendo, como o em. Sentenciante, que a conduta perpetrada pelo recorrido, isto é, possuir arma de fogo de uso permitido em desacordo com determinação legal ou regulamentar, encontra-se abarcada pela *abolitio criminis temporalis*, restando, portanto, desprovida de tipicidade.

Em verdade, não se trata - a hipótese dos autos - de retroatividade da lei temporária benigna, senão de sua ultratividade para colher os fatos praticados no curso de sua vigência. *Tempus regit actum!*

A saber.

In casu, o ilícito foi cometido em 1º de abril de 2008.

A figura "abolicionista" originou-se, é certo, com o advento do Estatuto do Desarmamento, publicado em 23 de dezembro de 2003. Nele, o legislador previu prazo de 180 dias para a devolução ou regularização das armas de fogo possuídas ilegalmente.

Em 17 de dezembro de 2004, editou-se a Medida Provisória 229/04, convertida na Lei 11.118/05, estendendo, até 23 de junho de 2005, a descriminalização temporária da conduta descrita nos arts. 12 e 14 do Estatuto do Desarmamento.

Mais uma vez, em 22 de junho de 2005, a Medida Provisória 253/05, também convertida em lei (publicada sob o nº 11.191/05), dilargou, até 23 de outubro de 2005, o prazo para devolver ou regularizar armas de fogo possuídas em situação irregular.

Finalmente, em 1º de fevereiro de 2008, com a edição da Medida Provisória 417/08, convolada na Lei 11.706, do mesmo ano, fixou-se, como termo para a entrega ou regularização das armas possuídas ilegalmente, o dia 31 de dezembro de 2008.

Nesse panorama, não obstante os interstícios verificados entre a vigência de um e outro diploma legal, penso que a conduta de possuir armas de fogo em situação irregular, no período compreendido entre a edição do novo Estatuto do Desarmamento e 31 de dezembro de 2008, não desafia a imposição de pena, eis que temporariamente atípica.

Ora, a evidente vontade dos Poderes Executivo e Legislativo, com a reedição de normas e leis "abolicionistas", foi a de permitir - no curso de todo esse espaço de tempo - a entrega ou regularização das armas de fogo possuídas ilegalmente.

Nem se alegue, como fez o Ministério Público em suas razões recursais, que as "normas abolicionistas" - que descriminalizaram temporariamente a conduta de possuir arma de fogo em situação irregular - são inconstitucionais.

É certo que a medida provisória, embora possua "força" de lei, não se presta à edição de normas de natureza penal, cuja fonte formal é mesmo a lei em sentido estrito.

Entretanto, tem-se que as Medidas Provisórias 229/04, 253/05, 417/08, todas convoladas em leis, não cuidaram de disciplinar matéria penal, visto que não definiram crimes, tampouco cominaram penas.

Em verdade, as medidas provisórias açoitadas - que prorrogaram os prazos para regularização ou devolução das armas de fogo possuídas em situação irregular - nada versaram sobre matéria penal, mas antes sobre tema de Direito Administrativo, com mera repercussão no Direito Penal.

Assim, não há falar em ofensa aos princípios da legalidade e da reserva legal.

A propósito, já decidiu este eg. Tribunal:

> Posse ilegal de arma de fogo de uso permitido. Arts. 30 e 32 da lei 10.826/03. *Vacatio legis*. Atipicidade da conduta. Anistia prorrogada. Constitucionalidade. Absolvição mantida. Recurso improvido. - Constatado que o apelado mantinha em sua residência arma de fogo de uso permitido, correta a sua absolvição nos termos do art. 30 e 32 da Lei

10.826/2003, que concedeu de forma expressa, aos crimes de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido e restrito, uma espécie de anistia ou descriminalização temporária, cujo prazo foi prorrogado até o dia 23.10.2005. - Rejeita-se a alegação de inconstitucionalidade das Medidas Provisórias nºs 174/2004, 229/2004 e 253/2005, por não versarem sobre questão penal, mas tão somente sobre tema de direito administrativo, com repercussão no âmbito penal. (TJMG, 1ª C.Crim., Ap. 1.0024.05.829244-2/001, Rel. Des. Fernando Starling, v.u., j. em 27.05.2008; in *DOMG* de 20.06.2008.)

Estatuto do Desarmamento. Posse de arma de fogo. Atipicidade. Abrangência pelo período da *vacatio legis* indireta. Ausência de inconstitucionalidade. Absolvição. Recurso desprovido. (TJMG, 2ª C.Crim., Ap. 1.0095.07.000002-1/001, Rel. Des. Herculano Rodrigues, v.u., j. em 29.05.2008; in *DOMG* de 12.06.2008.)

Apelação criminal. Recurso ministerial. Pleito pela condenação do recorrido no crime de posse de arma. Alegação de vício de formação na Lei 11.191/2005. Norma advinda da conversão de medida provisória. Inexistência de inconstitucionalidade. Decisão correta. Recurso desprovido. (TJMG, 3ª C.Crim., Ap. 1.0431.05.019026-0/001, Rel. Des. Sérgio Resende, v.u., j. 15.04.2008; in *DOMG* de 04.06.2008.)

Assim, como fundamentado na decisão combatida, merece o apelado ser sumariamente absolvido da imputação de possuir arma de fogo de uso permitido em situação irregular, àquele tempo, atípica.

Mercê de tais considerações, nego provimento ao recurso ministerial e mantenho integralmente a sentença vergastada.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Execução penal - Doença mental - Superveniência - Pena privativa de liberdade - Medida de segurança - Conversão

Ementa: Agravo. Execução de pena. Superveniência de doença mental. Conversão de pena privativa de liberdade em medida de segurança nos termos do art. 183 da Lei 7.210/84 e do art. 97, § 1º, do CP.

- A Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança, quando do surgimento de doença mental ou perturbação da saúde mental no curso do cumprimento da pena, limitada ao tempo que faltar para completar o término da sanção imposta na condenação, consoante disposto nos arts. 183 da Lei 7.210/84 e 97, § 1º, do CP.

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0470.08.-050315-9/001 - Comarca de Paracatu - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: Mauro Correia Guimarães - 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 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, 22 de março de 2011. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Trata-se de recurso de agravo em execução interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Paracatu.

Infere-se dos autos que o agravado Mauro foi condenado pela prática de delito previsto no art. 213, por duas vezes, c/c o art. 69; art. 213 c/c o art. 224, alínea *a*, por duas vezes, sendo uma, c/c o art. 14, II, e o art. 71, todos do Código Penal, à pena de 10 (dez) anos de reclusão em regime inicialmente fechado.

Durante o cumprimento da reprimenda, a pena privativa de liberdade foi convertida em medida de segurança, pelo prazo de no mínimo de 1 (um) ano - nos termos do art. 26, *caput*, do CP, em razão da instauração de incidente de sanidade mental, que concluiu ser o agravado portador de retardo mental moderado + epilepsia GM + transtorno delirante persistente (f. 79/81).

Em síntese, requer o *Parquet* o reconhecimento da doença mental da qual o agravado é portador, atualmente, como doença mental superveniente à condenação, convertendo a pena aplicada em medida de segurança de internação, nos termos do art. 41 do CP (f. 110/115).

Argumenta o recorrente que os peritos

> [...] analisaram a atual situação/comportamento de Mauro Correia Guimarães, sendo este, ao que tudo indica, portador de doença mental superveniente, pois há que se considerar que o sentenciado, à época dos fatos delituosos, ao ser interrogado pela autoridade competente, bem como durante todo curso da ação penal, não apresentou quaisquer indícios de perturbação e/ou transtorno mental [...] (f. 111).

Contrarrazoado o recurso (f. 191/196), subiram os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pelo seu provimento (f. 205/209).

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Inicialmente, faz-se mister distinguir a medida de segurança prevista no Código Penal daquela prevista na Lei 7.210/84.

Com efeito, a medida de segurança prevista no art. 97 do Estatuto Repressor é aplicada ao inimputável, no processo de conhecimento, e tem prazo indeterminado, perdurando enquanto não for constatada a cessação da sua periculosidade. Tal medida de segurança não pode ser aplicada de forma simultânea à pena privativa de liberdade, em atendimento ao sistema vicariante.

Por outro lado, a teor da Lei de Execuções Penais, a outra modalidade de medida de segurança é aplicada quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, oportunidade na qual a pena é substituída pela medida de segurança, que deve persistir pelo período de cumprimento da pena imposta na sentença penal condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada.

Correto o procedimento adotado pelo Magistrado, que, acolhendo a conclusão do laudo psiquiátrico, aplicou ao agravado medida de segurança.

Se não vejamos.

Realizada a perícia, concluíram os ilustres *experts* que o agravado, "[...] submetido a exame, reúne condições para ser amparado pelo art. 26 do Código Penal Brasileiro [...]" (f. 57), sendo necessária a sua submissão a tratamento especializado, concluindo os peritos:

> [...] Periciando, submetido a exame, demonstra ser portador de um desenvolvimento mental retardado com doença neuropsiquiátrica associada e apresentar um transtorno psicótico enxertado, o que compromete bastante a sua capacidade de entendimento e de determinação [...]. O retardo mental é desde a infância e possui história de epilepsia desde a adolescência. Do transtorno delirante e o do início mais recente há relato desde 2001 [...] (f. 57).

Decidiu o MM. Juiz *a quo*:

> [...] afirmaram também os *experts* que o acusado não apresenta periculosidade, mas necessita de controle psiquiátrico constante e regular, que atualmente pode ser ambulatorial. Neste prisma, é necessário enfatizar a contradição entre os fatos constantes dos autos e os do próprio laudo antes da prática da infração penal; porém agravou mais, e necessita de controle psiquiátrico constante. Diante dessa situação, obviamente o acusado ainda apresenta periculosidade, pois, se era inteiramente incapaz de entender sua conduta no momento do crime, que ocorreu no ano de 2001, e se a doença se agravou, certamente agora sua soltura traz ainda mais riscos à sociedade. Portanto, trata-se de acusado inimputável, nos exatos termos do art. 26, *caput*, do Código Penal, não restando alternativa, senão a aplicação de medida de segurança, não sendo obrigado o juiz a acompanhar a recomendação médica quanto ao tratamento ambulatorial, que não é apropriado *in casu*, segundo conclui do próprio laudo [...] (f. 79/80).

No caso em tela, o laudo psiquiátrico concluiu que o agravado era, à época dos delitos que cometeu, portador de doença mental - portador de um desenvolvimento mental retardado com doença neuropsiquiátrica associada -, apresentando um transtorno psicótico enxertado, o que compromete bastante a sua capacidade de entendimento e determinação.

In casu, o laudo psiquiátrico foi realizado depois da sentença condenatória transitada em julgado, que reconheceu a inimputabilidade do reeducando (f. 68/77).

No entender de Mirabete (2007, p. 377), no tocante à aplicação da medida de segurança,

> [...] a lei presume a periculosidade dos inimputáveis, determinando a aplicação da medida de segurança àquele que cometeu o ilícito e se apresenta nas condições do art. 26 (art. 97) [...].

Nesse contexto, o ilustre Magistrado deveria, após reconhecer a inimputabilidade do agravado, converter a pena privativa de liberdade imposta ao agravado em medida de segurança, nos termos do art. 183 da LEP e do art. 97 do CP, que dispõem:

> Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.
>
> Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.
> Prazo
> § 1º A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

> *Habeas corpus*. Execução criminal. Superveniência de doença mental. Medida de segurança substitutiva. Duração. Cumprimento integral da pena privativa de liberdade. Precedentes do STJ.
> 1. Se no curso da execução da pena privativa de liberdade sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental do condenado, o juiz poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança, a teor do disposto no art. 183 da Lei de Execuções Penais. A duração dessa medida substitutiva não pode ser superior ao tempo restante para cumprimento da reprimenda. Precedentes do STJ.

2. Assim, ao término do referido prazo, se o sentenciado, por suas condições mentais, não puder ser restituído ao convívio social, o juiz da execução o colocará à disposição do juízo cível competente para serem determinadas as medidas de proteção adequadas à sua enfermidade (art. 682, § 2º, do Código de Processo Penal).
3. Ordem concedida (*HC* 31.702/SP - *DJ* de 05.04.2004 - Rel.ª Min.ª Laurita Vaz).

Dessa feita, nego 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.

...

Conflito negativo de jurisdição - Lesão corporal praticada no âmbito doméstico - Vítima do sexo masculino - Lei Maria da Penha - Inaplicabilidade - Exigibilidade de que a vítima seja mulher - Competência do Juizado Especial Criminal

Ementa: Processo penal. Conflito de jurisdição. Lesão corporal. Âmbito doméstico ou familiar. Prática contra homem. Lei Maria da Penha. Inaplicabilidade. Declarada a competência da Juíza suscitante.

- De acordo com o disposto no art. 1º da Lei nº 11.340/06, o referido diploma legal visa coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Logo, tratando-se a vítima de homem, não há como se aplicar a mencionada lei.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 1.0000.10.061066-6/000 - Comarca de Carangola - Suscitante: Juíza de Direito do Juizado Especial Criminal da Comarca de Carangola - Suscitada: Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal de Carangola - 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 Eduardo Brum, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PELA COMPETÊNCIA DO JUIZO SUSCITANTE.

Belo Horizonte, 12 de janeiro de 2011. - *Herbert Carneiro* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HERBERT CARNEIRO - Trata-se de Conflito Negativo de Jurisdição, suscitado pela MM. Juíza de Direito do Juizado Especial Criminal da Comarca de Carangola, que entende como competente para análise e julgamento do feito a MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal de Carangola.

Depreende-se dos autos que Luiz Carlos de Paula, após uma discussão e de posse de uma faca, efetuou golpes contra a vítima Luiz Fernando Monteiro, causando-lhe lesões corporais. A vítima era enteado do agressor e estes coabitavam.

A Juíza da 1ª Vara Criminal, entendendo tratar-se do crime previsto no art. 129, *caput*, do Código Penal, remeteu os autos para o Juizado Especial Criminal, sendo que a Juíza do referido órgão sustentou que o delito foi perpetrado em ambiente doméstico, o que enseja a aplicação da Lei nº 11.340/2006, e suscitou o conflito negativo de competência.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela competência da juíza suscitada, f. 161/163.

É o relatório.

Conheço do conflito, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Não há preliminares arguidas nem constatadas de ofício.

A Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha foi introduzida no ordenamento jurídico com o intuito de criar medidas protetivas em favor da mulher, visando à erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme disposto no art. 1º do referido diploma legal, *in verbis:*

> Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Com efeito, para a configuração da violência doméstica, admite-se que o sujeito ativo seja tanto homem quanto mulher, bastando a existência de relação familiar ou de afetividade, não importando o gênero do agressor, já que a norma visa tão somente à repressão e prevenção da violência doméstica contra a mulher.

Quanto ao sujeito passivo compreendido pela lei, especifica-se o gênero, exigindo-se que seja mulher.

Leciona a doutrinadora Maria Berenice Dias:

> No que diz com o sujeito passivo, há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Nesse conceito encontram-se

> as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. (*A Lei Maria da Penha na justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*, São Paulo: RT, 2ª tiragem, 2008, p. 41.)

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> [...] Sujeito passivo da violência doméstica objeto da referida lei é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou afetiva, além da convivência, com ou sem coabitação [...] (STJ - Conflito de Competência nº 96533/MG (2008/0127028-7), Relator Og Fernandes, *DJe* 5.02.2009.)

Pela leitura dos autos, depreende-se que a vítima das lesões corporais trata-se de homem, o que afasta a aplicação da Lei nº 11.340/2006.

Ante tais fundamentos, conheço do conflito de jurisdição e declaro competente para o processamento e julgamento do feito a MM. Juíza de Direito do Juizado Especial Criminal, ora suscitante, a quem devem ser remetidos os autos, comunicando-se à digna Juíza suscitada.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO BRUM e JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO JUIZO SUSCITANTE.

...

Apreensão de veículo - Ausência de interesse para o processo - Restituição - Despesas de remoção e estadia - Isenção - Necessidade

Ementa: Mandado de segurança. Apreensão de veículo sob suspeita de envolvimento com atividade ilícita. Isenção de pagamento de taxas de locomoção e estadia junto ao pátio conveniado ao Detran. Necessidade. Concessão da segurança. Isenção de custas. Necessidade.

- Demonstrada a inexistência de interesse processual na apreensão de veículo pertencente ao impetrante, deve ser o mesmo restituído sem que devidas as taxas de locomoção e estadia em pátio conveniado ao Detran.

- Ainda que patrocinado por advogado constituído, não é possível aferir se as condições socioeconômicas do impetrante impossibilitam o pagamento das custas processuais, razão pela qual deve prevalecer o conteúdo constante da declaração de pobreza acostada aos autos.

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL Nº 1.0000.10.063880-8/000 - Comarca de Teófilo Otoni - Impetrante: José Ronaldo Menezes - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Teófilo Otoni - 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 SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2011. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - 1. Relatório.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pelo advogado Daniel Augusto Fonseca em favor de José Ronaldo Menezes, sob a alegação, em síntese, de que, uma vez não provado o interesse do processo no veículo Pajero HPE, placa HBK-1818, pertencente ao último, igualmente arbitrária a cobrança de taxas referentes à locomoção e estadia do automóvel junto ao pátio do Detran conveniado.

Pugna, igualmente, pela isenção de custas processuais, dada a declaração de pobreza acostada aos autos.

Com a inicial vieram os documentos de f. 15/47.

O pedido liminar foi indeferido pelo então Relator, Des. Pedro Vergara (f. 58/59), atualmente em gozo de férias regulamentares.

As informações advindas da autoridade primeva vieram, às f. 64/66; 133/135, bem como documentos de f. 67/126-v.;136/185.

A d. PGJ manifestou-se pela denegação da segurança (f. 128/131).

Procuração acostada, à f. 186.

É, em suma, o relatório.

2. Conhecimento.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do pedido, dele conheço.

3. Mérito.

Entendo que com razão o impetrante quando postula pela isenção de taxas de estadia e locomoção do veículo de sua propriedade, uma vez demonstrada a

inexistência de interesse, no processo originário, na sua apreensão.

Conforme se extrai dos documentos juntados aos presentes autos, o MP de primeiro grau (f. 170/172) e o próprio Juiz *a quo* (f. 173) foram favoráveis à restituição do bem supracitado, sendo que a controvérsia reside, exclusivamente, na necessidade, ou não, do pagamento das taxas relativas à manutenção do veículo junto ao pátio onde apreendido.

Tal como exposto no parecer subscrito pelo MP de primeiro grau, entendo que a cobrança de taxas de remoção, estadia, etc. tem aplicação restrita aos casos pelo art. 262 do CTB, § 2°, o que, *in casu*, contraria o espírito dos dispositivos constantes dos artigos 118 e segs. do Código de Processo Penal.

Para alcançar tal conclusão, peço vênia para transcrever trecho do voto relatado pelo eminente Desembargador Judimar Biber em caso idêntico ao ora tratado:

> Pretende o apelante o afastamento de parte da decisão produzida pelo Juízo de 1° grau que aplicou o § 2° do art. 262 do Código de Trânsito Brasileiro, impondo a obrigação de suportar as despesas de estadia.
> O citado dispositivo legal apresenta a seguinte redação:
> 'Art. 262. O veículo apreendido em decorrência de penalidade aplicada será recolhido ao depósito e nele permanecerá sob custódia e responsabilidade do órgão ou entidade apreendedora, com ônus para o seu proprietário, pelo prazo de até trinta dias, conforme critério a ser estabelecido pelo Contran.
> [...]
> § 2° A restituição dos veículos apreendidos só ocorrerá mediante o prévio pagamento das multas impostas, taxas e despesas com remoção e estada, além de outros encargos previstos na legislação específica'.
>
> Em primeiro lugar, não é demais observar que a legislação em comento impõe exigência administrativa de taxas e despesas com a remoção e estadia, além de outros encargos previstos na legislação específica, de veículos apreendidos em decorrência do próprio Código de Trânsito Brasileiro, não havendo na citada imposição legal, qualquer alusão ao fato de que igual procedimento devesse ser imposto aos veículos que fossem objeto de apreensão judicial.
> Não há dúvida de que a medida de apreensão do veículo tem fundamento legal no art. 122 c/c art. 133 do Código de Processo Penal, de modo que o veículo de propriedade do apelante só foi apreendido porque sobre ele pairavam suspeitas de que teria sido obtido com o proveito dos crimes praticados pelo terceiro.
> [...]
> Sem dúvida a disposição legal só seria passível de integração na hipótese da medida de apreensão ser determinada com base no próprio Código de Trânsito Brasileiro, ou seja, só se sustentaria como imposição legítima, quando o ato, seja de remoção, seja de apreensão, do veículo estivesse previsto como medida administrativa decorrente da infração de trânsito previamente estipulada.
> Também não há dúvida de que a prevalência do interesse público de prévio pagamento da indenização das despesas com a remoção, estadia e demais encargos, como condição para a liberação do veículo, teria fundamento na garantia de recuperação do patrimônio público, de modo a tornar razoável que a legislação impusesse a manutenção do veículo como garantia prévia para o pagamento daquilo que efetivamente gastou com a imposição de penalidades administrativas que tenham sido cometidas de posse do veículo, imposição que se assentaria na necessidade de recomposição prévia do patrimônio público para o condicionamento da retirada do veículo, diante da competência para o exercício do poder de polícia, o que seria limitação legítima ao direito de propriedade.
> No entanto, se a apreensão foi tomada como medida assecuratória, gerada em virtude de procedimento criminal, por suspeitas de que o bem teria sido adquirido pelo indiciado, com os proventos da infração e tal condição revela-se inapropriada, seria completa ilegalidade determinar que o terceiro proprietário tivesse que responder pelas despesas da apreensão porque, seja como for, não teria dado causa à ação acautelatória que não se revelou medida tendente à imposição de perdimento.
> [...]
> Se a própria decisão produzida põe às claras a irregularidade da medida cautelar que se revelou açodada, de modo que a imposição da restituição não comporta o ressarcimento imposto pelo Juízo, mormente com as condições legais citadas, cujo conteúdo é limitado às infrações administrativas declinadas no próprio Código de Trânsito Brasileiro (TJMG, Ap. Crim. 1.0024.05.664144-2/001, Rel. Des. Judimar Biber, *DJ* de 02.10.2007).

Como se vê, há um equívoco em se utilizar o referido artigo contido no CTB para justificar o pagamento das referidas taxas no presente caso, uma vez que se misturam, em uma mesma situação jurídica, conceitos antagônicos, aplicáveis em searas claramente distintas, quais sejam a administrativa e a criminal.

Assim, ao se operar da maneira procedida pela autoridade primeva, nasce um choque insustentável entre conceitos, que, a meu ver, deve-se resolver com fulcro no espírito do que dispõe o CPP, em seu Título VI, Capítulo V, sendo ilógico onerar financeiramente o cidadão que, reconhecidamente, não deu causa à medida que o puniu.

Por fim, quanto ao pedido de isenção de custas, saliento que o art. 805 do Código de Processo Penal é taxativo: As custas serão contadas e cobradas de acordo com os regulamentos expedidos pela União e pelos Estados".

Relativamente aos processos em tramitação na Justiça Estadual, cabe à Lei Estadual dispor sobre o pagamento das custas judiciais, o que, em Minas Gerais, atualmente, é feito pela Lei 14.939/03, que dispõe:

> Art. 10. São isentos do pagamento de custas:
> [...]
> II - Os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária.

Infere-se dos autos que a apelante foi assistida por advogado constituído, entretanto, não restou demonstrado se a contratação foi a título oneroso.

A atitude da apelante no sentido de se fazer representar por advogado constituído demonstra, na realidade, uma tentativa de fazer com que seu processo seja analisado de forma mais minuciosa e rápida, pois são do conhecimento de todos as dificuldades que enfrentam aqueles beneficiários da assistência judiciária.

A meu ver, portanto, tem ela direito à isenção do pagamento de custas, na conformidade do disposto no supratranscrito texto legislativo.

Nesse sentido:

> De acordo com a lei, o conceito de assistência judiciária compreende tanto o direito de ter um advogado que defenda em juízo o interesse da parte miserável como o da isenção de taxas e despesas (justiça gratuita). Tratar de um e de outro debaixo da mesma rubrica não ofende a lei. Lei 1.060/50, arts. 3º e 5º (REsp 489421/SP - Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar - *DJ* de 12.08.2003, p. 241).

4. Conclusão.

Com essas considerações, concedo a segurança para que a restituição do veículo de propriedade do impetrante (Pajero HPE, placa HBK-1818) seja feita sem o pagamento das taxas de estadia e locomoção, além de outros encargos previstos na legislação específica. Concedo, igualmente, a isenção de custas pleiteada na exordial.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO VERGARA, ADILSON LAMOUNIER, EDUARDO MACHADO e JÚLIO CÉSAR LORENS.

Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA.

...

Estelionato - Emissão de cheque sem provisão de fundos - Prejuízo - Ressarcimento - Denúncia - Recebimento *a posteriori* - Ação penal - Justa causa - Ausência - Extinção da punibilidade - Aplicação da Súmula 554 do STF

Ementa: Apelação criminal. Estelionato. Cheque. Devolução por insuficiência de fundos. Ressarcimento do prejuízo antes do recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Ausência de justa causa para a ação penal. Súmula 554 do STF.

- Ao teor da Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal, não se configura o delito de estelionato, na modalidade do art. 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal, se, antes do recebimento da denúncia, houve ressarcimento do valor.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0056.04.067998-9/001 - Comarca de Barbacena - Apelante: Camila Marcelina Fernandes Dielle - 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 DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2011. - *Eduardo Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO MACHADO - Trata-se de apelação criminal interposta contra a sentença de f. 163/172, que, com fulcro nos arts. 107, inciso IV; 109, inciso V; e 110, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal, declarou extinta a punibilidade do crime previsto no art. 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal, imputado à apelante.

Nas razões recursais de f. 183/184, pleiteia-se a absolvição por atipicidade da conduta, "tendo em vista que o cheque em questão foi quitado antes do recebimento da denúncia".

Contrarrazões recursais, às f. 195/200.

Manifesta-se a douta Procuradoria de Justiça, às f. 207/210, pelo não conhecimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Ressalto que eventual decisão que reconhece a absolvição do acusado por atipicidade de conduta é mais favorável do que a que decreta extinta a punibilidade pela prescrição, razão essa pelo qual será analisado o mérito do recurso.

Narra a denúncia

> que, no dia 7 de dezembro de 2003, em horário indeterminado, na Avenida Bias Fortes, 521, Centro, neste Município e Comarca, no estabelecimento comercial denominado Therezinha Martins Miranda, Hotel Miranelli, a denunciada, emitiu o cheque de nº 010473, do Banco Real, Agência 0043, conta corrente 0962824-1, sem que houvesse provisão de fundos em poder do sacado. Conforme restou apurado, a investigada hospedou-se no hotel de propriedade da vítima e, como forma de pagamento pelas despesas ali efetuadas, referentes a diárias de hospedagem e serviços, emitiu a referida cártula, que foi devolvida, em virtude da inexistência de fundos em poder do sacado para pagamento.

Da simples leitura da sentença, verifica-se que o MM. Juiz *a quo* reconheceu a prescrição em perspectiva. Nada impede que o magistrado, antevendo a pena que

ao final irá aplicar no caso concreto, em regra no mínimo legal, atento a todas as disposições referentes ao instituto da prescrição previstas nos arts. 109 e seguintes do CP, declare, desde já, seja em qual fase for, inclusive de ofício, pois que o art. 61 do Código de Processo Penal assim o permite, a extinção da punibilidade estatal.

Vale ser ressaltado que a prescrição da pretensão punitiva elimina todos os efeitos da condenação, como se o crime não houvesse sido praticado, não implicando responsabilidade ou culpabilidade do agente, não lhe marcando os antecedentes, nem gerando futura reincidência.

Ainda que esses sejam os efeitos da decretação da prescrição da pretensão punitiva estatal, a defesa requer a absolvição da apelante por atipicidade da conduta pelo pagamento do cheque emitido sem suficiente provisão de fundos, antes do recebimento da denúncia.

No presente caso, verifica-se que a emissão do cheque (sem provisão de fundos) se deu no dia 7 de dezembro de 2003, o pagamento do débito, acrescido de juros e correção monetária, foi efetuado em 20 de outubro de 2004, e a denúncia foi recebida somente na data de 22 de outubro de 2004 (f. 27).

Fica inequivocamente demonstrado que houve o ressarcimento do prejuízo da vítima antes do recebimento da denúncia.

A Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal trata do crime de estelionato sob a emissão de cheque sem provisão de fundos: "O pagamento de cheque emitido sem suficiente provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal".

Dessa forma, havendo o ressarcimento do prejuízo da vítima com a quitação do cheque, não há mais justa causa para se instaurar a ação penal.

Nesse sentido, manifestam-se os Tribunais Superiores:

> Firmou-se no Supremo Tribunal a jurisprudência no sentido de que o pagamento do cheque sem fundos antes de recebida a denúncia extingue a punibilidade (Supremo Tribunal Federal - *RTJ* 75/732).

> O advento do art. 16 da nova Parte Geral do Código Penal não é incompatível com a aplicação das Súmulas 246 e 554, que devem ser entendidas complementarmente, aos casos em que se verifiquem os seus pressupostos. Não há justa causa para a ação penal se, pago o cheque emitido sem suficiente provisão de fundos antes da propositura da ação penal, a proposta acusatória não demonstra que houve fraude no pagamento por meio de cheque, não configurando, portanto, o crime do art. 171, § 2º, VI, do Código Penal. Precedentes (STF - *RT* 616/337).

E este egrégio Tribunal de Justiça:

> Processual penal. Apelação. Estelionato por emissão de cheque. Modalidade frustração do pagamento. Ausência de justa causa para a ação penal. Ressarcimento do prejuízo antes do recebimento da denúncia. Súmula 554 do STF. Ressarcimento da vítima feito por terceiro. Peculiaridade do caso. Extinção da punibilidade. Preliminar acolhida para extinguir a punibilidade do réu pela aplicação da Súmula 554 do STF. 1. Hipótese em que o réu, no final de seu mandato de Prefeito na Cidade de Cordisburgo, emitiu cheque para saldar dívida da Administração e, depois, frustrou seu pagamento sob a alegação de que o título havia sido furtado. 2. Com a perda das eleições a vítima foi ressarcida, antes do recebimento da denúncia, pelo novo Prefeito. 3. A Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal obsta o prosseguimento da ação penal nos casos de estelionato por meio de cheque sem provisão de fundos ou por frustração do pagamento, em que a vítima é ressarcida antes do recebimento da denúncia. 4. No caso em que o ressarcimento da vítima é feito por aquele que se beneficiou com a aquisição do bem, não há vício no pagamento que possa importar prejuízo ao réu. 5. Preliminar acolhida para declarar a extinção da punibilidade do agente pela incidência da Súmula 554 STF. Análise do mérito julgada prejudicada (Apelação Criminal nº 1.0474.02.000906-1/001 - Relatora: Exm.ª Sr.ª Des.ª Jane Silva - Data do julgamento: 24.11.2009 - Data da publicação: 27.01.2010).

> Estelionato - Emissão de cheque sem provisão de fundos - Ausência de comprovação do dolo antecedente da agente - Não configuração do tipo penal - Ilícito civil - Absolvição - Recurso provido. - A emissão de cheque pós-datado sem fundos, por não caracterizar fraude, exclui a conduta de estelionato mediante fraude no pagamento por meio de cheque, prevista no art. 171 § 2º, inciso VI, do Código Penal. - Não se comprovando o dolo e a fraude empregada pela agente, na emissão de cheque sem provisão de fundos, impõe-se a sua absolvição do delito de estelionato, previsto no art. 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal, configurando mero ilícito civil, e não ilícito penal (Apelação Criminal nº 1.0016.02.021182-3/001 - Relator: Exmo. Sr. Des. Pedro Vergara - Data do julgamento: 20.01.2009 - Data da publicação: 02.02.2009).

A suposta vítima não suportou qualquer prejuízo patrimonial, sendo que por parte da apelante não existiu qualquer forma de locupletamento.

Trata-se de ilícito civil e, a rigor, seria o caso de não recebimento da denúncia.

Pelo exposto, acolho a preliminar suscitada pela defesa para, diante da inexistência de justa causa para a ação penal, declarar a extinção da punibilidade da apelante em virtude da aplicação da Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal.

Dê-se baixa na nota de culpa da apelante, fazendo desaparecer qualquer anotação atinente a este processo.

Custas, na forma da lei.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - De acordo com o Relator.

DES. PEDRO VERGARA - Coloco-me de acordo com o eminente Desembargador Relator no voto condutor para dar provimento ao recurso.

Ressalvo, contudo, meu posicionamento em relação à inaplicabilidade da prescrição antecipada ou em perspectiva uma vez que a legislação penal brasileira não a admite.

Sobre o tema, atente-se para os ensinamentos do renomado Damásio de Jesus:

> b) Impossibilidade de ser declarada a prescrição retroativa antes da sentença condenatória (a denominada 'prescrição antecipada' ou 'por perspectiva')
> A declaração da extinção da punibilidade pela prescrição retroativa pressupõe a existência de uma sentença condenatória. Em face disso, não pode ser reconhecida antes da condenação (JESUS, Damásio E. *Prescrição penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 144-145).

No mesmo sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci:

> Há duas posições nesse contexto: pela aplicação da prescrição virtual, propiciando o pedido de arquivamento do inquérito feito pelo representante do Ministério Público e determinado pelo juiz, por falta de interesse de agir; pelo oferecimento e recebimento da denúncia, devendo haver regular instrução e sentença para, somente após, conforme a pena aplicada em concreto, considerar-se extinta a punibilidade, uma vez que esse representa o cumprimento fiel da lei, não se podendo supor qual seria a pena futura. Aliás, nesta posição, inserem-se também aqueles que demonstram seu inconformismo fundado no princípio constitucional da presunção de inocência.
> [...]
> A maioria da jurisprudência não aceita a chamada prescrição virtual, pois entende que o juiz estaria se baseando numa pena ainda não aplicada, portanto num indevido pré-julgamento, embora seja realidade que, muitas vezes, sabe-se, de antemão, que a ação penal está fadada ao fracasso (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral, parte especial. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 555-556).

Amparando a tese já decidiu o eg. Supremo Tribunal Federal:

> Penal. Recurso especial. Art. 171, *caput*, do Código Penal. Extinção da punibilidade. Prescrição antecipada. Impossibilidade. - Carece totalmente de amparo jurídico, em nosso sistema processual penal, a denominada prescrição antecipada que tem como referencial condenação hipotética (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). Recurso provido (REsp nº 810524/RS (2006/0003381-0), Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma do STJ, *DJ* de 16.10.2006, p. 426).

Referida questão inclusive restou sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, a saber:

> Súmula nº 438: É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

Ante o exposto dou provimento ao recurso nos termos do voto condutor, ressalvando tão somente o entendimento deste Vogal em relação à prescrição pela pena em perspectiva.

É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Conflito negativo de jurisdição - Tribunal do Júri - Transferência de comarca - Competência - Princípio da perpetuação da jurisdição

Ementa: Conflito negativo de jurisdição. Art. 53, inciso XX, da Lei Complementar 105/08. Transferência de comarca. Tribunal do Júri. Competência. Feito ajuizado depois da nova lei. Princípio da perpetuação da juridição. Inaplicabilidade. Competência do juízo suscitante.

- Havendo desmembramento de comarcas, será competente para julgamento de processo afeto ao rito do Júri aquela à qual passou a integrar o município onde foi praticado o delito.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 1.0000.10.072605-8/000 - Comarca de Ipatinga - Suscitante: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ipatinga - Suscitado: Juiz de Direito da Comarca de Mesquita - 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 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 DAR PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

Belo Horizonte, 3 de março de 2011. - *Nelson Missias de Morais* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS - Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ipatinga, em face da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Mesquita, que determinou a remessa dos autos àquele Juízo, acolhendo a pretensão ministerial e reconhecendo a incompetência absoluta deste

Juízo, sob o fundamento de que se trata de processo afeto ao Tribunal do Júri, que envolve delito, em tese, ocorrido na cidade de Santana do Paraíso/MG.

Argumenta o suscitante, em síntese, que a Lei Complementar nº 105/08 modificou a Lei Complementar nº 59/01, transferindo o Município de Santana do Paraíso da Comarca de Mesquita para a Comarca de Ipatinga.

Alega que a decisão proferida pelo Juízo suscitado não condiz com o Ofício Circular nº 106/CGJ/2008, uma vez que a modificação realizada na Lei Complementar nº 59/01 não altera a competência dos feitos ajuizados antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 105/08.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pela competência do Juízo suscitante (f. 337/340).

Este, em síntese, o relatório.

Conheço do conflito, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Extrai-se dos autos que o objeto do processo, em cujo bojo foi instaurado o conflito em questão, é o julgamento de delito tipificado no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Verifico que a denúncia foi oferecida em 18 de novembro de 2008 e recebida pelo Juiz de Direito da Comarca de Mesquita no dia 4 de fevereiro de 2009 (f. 47), após a modificação trazida pela Lei Complementar nº 105/08, que, alterando a Lei Complementar nº 59/01, transferiu o Município de Santana do Paraíso da Comarca de Mesquita para a Comarca de Ipatinga. Confira-se:

> Art. 53. Ficam transferidos os Municípios de:
> [...]
> XX - Santana do Paraíso, da Comarca de Mesquita para a de Ipatinga;

Sobre tal modificação, foi expedido, pela Corregedoria-Geral de Justiça, o Ofício Circular nº 106/08.

Tal norma preconizou que os feitos ajuizados, após o início da vigência da Lei Complementar nº 105/08 (18/10/2001), deveriam ser distribuídos para as comarcas para os quais foram transferidas as Municipalidades. *In verbis*:

> [...] somente os processos ajuizados a partir de 18 de outubro de 2008 - data de vigência da supracitada Lei Complementar nº 105, de 14 de agosto de 2008 - deverão ser distribuídos nas comarcas às quais passaram a pertencer os municípios transferidos
>
> Tal modificação, contudo, não tem o condão de alterar a competência já estabelecida para os feitos ajuizados antes da vigência da mencionada Lei Complementar, devendo eles permanecer em tramitação nos juízos de origem, ressalvados os casos em que, por outro motivo legal, levem ao reconhecimento judicial de incompetência.

Assim, entendo que assiste razão ao Juízo suscitado, o qual sustentou que, *in casu*, a competência não se prorroga, *in verbis:*

> A maioria dos feitos criminais ajuizados antes de 18.10.2008 permanece em tramitação na Comarca de Mesquita, mediante aplicação do princípio da *perpetuatio jurisdicinonnis* seguindo a orientação da Casa Correcional. Nos termos da ressalva correcional, no que tange aos processos afetos a julgamento perante o Tribunal do Júri, bem como os inquéritos Policiais sem decisões vinculativas (natureza administrativa); tem-se declinado da competência para a Comarca de Ipatinga/MG, por entender que não há perpetuação da mesma.

Eis o entendimento jurisprudencial:

> A atuação do Tribunal do Júri é norteada pelo princípio segundo o qual o réu deve ser julgado pelos concidadãos (pares). Esta peculiaridade transmuda a espécie de incompetência, excepcionando a regra referente à definida a partir do elemento territorial. De relativa, passa a absoluta. Desdobrada a área geográfica de um certo Tribunal do Júri, criando-se um outro, para este devem ser remetidos os processos em curso, pouco importando a fase em que se encontrem, no que envolvam acusados domiciliados na área resultante do desmembramento. [...] (STF - *HC* nº 71.810-8 - Relator Ministro Marco Aurélio.)
>
> Conflito de jurisdição - Homicídio simples - Crime doloso contra a vida - Competência absoluta do Tribunal do Júri - Exceção à regra da perpetuação da jurisdição - Competência do local onde foi cometido o delito - Conflito de jurisdição improcedente. - Tendo em vista a competência absoluta do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, é competente para julgar o feito o Juízo da comarca onde se deram os fatos, não havendo que se falar em perpetuação da jurisdição. Com o desmembramento de comarcas, será competente aquela à qual passou a integrar o município onde foi praticado o delito. (TJMG - Número do processo: 1.0000.10.020182-1/000, Rel.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, pub.: 27.08.2010.)

Impõe-se, pois, o reconhecimento da competência do Juízo da Comarca de Ipatinga para o processamento e julgamento do feito.

Isso posto, julgo improcedente o conflito.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MATHEUS CHAVES JARDIM e JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES.

Súmula - DERAM PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

...

Crime ambiental - Pessoa jurídica - Legitimidade passiva

Ementa: Apelação criminal. Crime ambiental. Apelação da defesa. Inépcia da denúncia. Insuficiência probatória. Apelação ministerial. Condenação de pessoa jurídica. Recurso da defesa não provido e recurso ministerial provido.

- Por apresentar todas as formalidades legais e possibilitar a defesa eficaz dos réus, não há que se falar em inépcia da denúncia.

- Estando cabalmente demonstradas a autoria e a materialidade pelo conjunto probatório, inclusive com a confissão do réu, não há como absolver os acusados.

- O art. 225, § 3º, da CF, acompanhado do art. 3º da Lei 9.605/98, encerra a discussão sobre a legalidade e legitimidade das pessoas jurídicas na esfera criminal.

Recurso da defesa não provido e recurso ministerial provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0342.06.082963-3/001 - Comarca de Ituiutaba - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2º) Apelante: Reinaldo Teodoro de Castro - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Empresa Mudanças Marfim Ltda. - 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 PROVER O RECURSO MINISTERIAL E NÃO PROVER O DEFENSIVO.

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2011. - *Flávio Leite* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FLÁVIO LEITE - Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais e por Reinaldo Teodoro de Castro, este denunciado como incurso nas iras do art. 54 da Lei 9.605/98 (causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que provoquem a destruição significativa da flora).

Narra a denúncia que por diversas vezes caminhões pertencentes às empresas Mudanças Marfim Ltda., nome fantasia "Rei do Entulho", e "Tire Entulho Azulão", nome fantasia "Disk Azulão", despejaram resíduos sólidos consistentes em entulhos de construção civil, sem a devida autorização, na Fazenda São Lourenço, propriedade de Sandoval Barbosa Filho, ocasionando destruição significativa da flora rasteira no local.

Segundo a denúncia, a conduta dos denunciados (empresa Rei do Entulho e seu sócio-proprietário Reinaldo Teodoro de Castro, e empresa Disk Azulão e seu sócio-proprietário Marco Antônio Amuy Marquez Filho), além de destruir significativamente a flora rasteira no local, os beneficia, pois não necessitam pagar por terreno ou aterro próprio para despejar resíduos da construção civil.

Os denunciados empresa Disk Azulão e Marco Antônio Amuy Marquez Filho aceitaram o benefício do *sursis* processual, com regular cumprimento, seguindo a presente ação penal somente em relação aos demais denunciados (f. 117).

Finda a instrução criminal, o Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente a denúncia, absolvendo a empresa Rei do Entulho e condenando Reinaldo Teodoro de Castro na sanção do art. 54, § 2º, V, da Lei 9.605/98, à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária de 5 (cinco) salários mínimos.

Intimações regulares (f. 167, verso, 175, verso e 205).

Inconformado com a sentença, o Ministério Público apelou e em suas razões requereu que a empresa Marfim Mudanças Ltda. - Rei dos Entulhos -, fosse condenada nas iras do art. 54 da Lei 9.605/98, assim como foi seu representante legal, uma vez que é possível a responsabilização penal de pessoa jurídica.

Irresignada também com a sentença condenatória, a defesa de Reinaldo Teodoro de Castro recorreu e em suas razões requereu, preliminarmente, a nulidade do processo por inépcia da denúncia. No mérito, pleiteou a absolvição do acusado por insuficiência probatória e isenção de custas.

Contrarrazões às f. 192/203 e 208/217, em que a defesa e o *Parquet* pugnam pela improcedência do recurso aviado pela parte contrária.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso interposto por Reinaldo Teodoro de Castro e pelo provimento do apelo do Ministério Público (f. 225/233).

Esse é, em síntese, o relatório.

Passo ao voto.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço dos recursos.

Analiso primeiro o recurso defensivo, pois sua sorte implica o julgamento do apelo ministerial.

Alega a defesa de Reinaldo Teodoro de Castro, preliminarmente, inépcia da denúncia, pois não detalhou de modo preciso as condutas imputadas ao apelante,

assim como não informou as datas do cometimento do delito para averiguação de possível prescrição, o que prejudicou seu direito de defesa.

Contudo, sem razão o apelante. A exordial acusatória contém todos os elementos do art. 41 do CPP, como a exposição dos fatos criminosos, as circunstâncias, a qualificação dos acusados, a classificação do crime e o rol de testemunhas, sobre os quais o acusado vem se defendendo, sem que fosse surpreendido ou prejudicado.

Embora não conste na exordial a exata data dos fatos delitivos, verifica-se que ela se referiu aos Boletins de Ocorrência 11.146/2006 e 16.680/06 para expor as circunstâncias das condutas imputadas ao segundo apelante, dentre elas as datas dos fatos, pelo que não há de se falar em prejuízo da defesa.

É este o entendimento jurisprudencial:

> A denúncia que, apesar de conter imprecisão quanto à data do fato delituoso, proporciona pronta compreensão da imputação e ampla defesa aos acusados não pode ser tida como inepta, já que esse defeito meramente acidental é passível de correção antes da sentença. Por engano, apontaram-se na denúncia como ocorridos em junho de 1999 fatos que se deram no mesmo mês do ano anterior (junho de 98). Tal erro material, porém, não torna inepta a denúncia. Primeiro, porque a denúncia se reportou a diversas peças do inquérito policial (f.), mais especificamente, aos autos de infração e imposição de penas de multa, nos quais há expressa menção das datas dos fatos [...]. Logo, se a denúncia, apesar de conter imprecisão quanto à data do fato delituoso, proporcionou pronta compreensão da imputação e ampla defesa aos acusados, não existe motivo para anulá-la, já que esse defeito, meramente acidental e passível de correção antes da sentença, nenhum prejuízo causou ao paciente (TACrimSP, 14º Câmara, *HC* 356.360-1, Rel. Renê Ricupero, *RJTACrim* 46/369).

Mesmo que assim não fosse, a jurisprudência tem entendimento no seguinte sentido:

> Decidiu-se também que a omissão quanto à data do crime, por si só, não invalida a denúncia, uma vez que a eventual nulidade depende de prova de cerceamento ou embaraço da defesa (*RT* 423/368).

Rejeito, pois, a preliminar de inépcia da denúncia por entender que esta se apresenta revestida de todas as formalidades legais, possibilitando aos réus se defender eficazmente.

Passo a analisar o mérito.

Busca o apelante a reforma da decisão primeva sob a alegação de que inexistem provas a ensejar o decreto condenatório em seu desfavor.

A materialidade do delito é indiscutível, pois demonstrada pelo boletim de ocorrência (f. 8/11), pelo relatório da Superintendência de Água e Esgotos de Ituitaba (f. 41/48 e 54), pelo laudo pericial do IEF (f. 59/63) e pelos anexos fotográficos (f. 121/123), assim como pelas demais provas produzidas.

A autoria também é estreme de dúvida.

É bem verdade que Sandoval, proprietário da Fazenda São Lourenço, afirma que diversas pessoas não autorizadas vêm depositando entulhos em sua propriedade. Mas é verdade também que ele conseguiu identificar algumas dessas pessoas e que uma delas é a empresa de Reinaldo Teodoro, qual seja "Rei do Entulho".

É o que se vê do depoimento de f. 16:

> [...] local onde funciona a captação de água pela SAE; que, pelo fato de a SAE não colocar porteira, ou mata-burro, ou uma guarita, pessoas não autorizadas e sem ordem do declarante passaram a jogar entulhos de construções e lixos diversos em suas terras; que presenciou caminhões das firmas 'Disk Azulão', 'Rei do Entulho', adentrarem sem a devida autorização e despejarem os entulhos de construções em suas terras.

Corrobora esse depoimento a testemunha Luiz Carlos Lacerda de Oliveira (f. 19):

> [...] que, na ocasião do fato, o depoente se encontrava de folga de serviço, quando presenciou caminhões timbrados das firmas 'Rei do Entulho' e 'Disk Azulão' despejarem entulhos nas terras de propriedade de Sandoval Barbosa Filho.

E de Francisco Antero Ribeiro (f. 23):

> [...] o depoente informa que possui um gado em parceria com o fazendeiro Sandoval Barbosa Filho e sempre lá comparece para acompanhar o desenvolvimento do gado, a ração, etc.; que por várias vezes presenciou caminhões das empresas 'Disk Azulão' e 'Rei do Entulho' lançarem, em uma área da fazenda de Sandoval, lixo orgânico, entulhos, etc.; que por várias vezes o depoente tentou impedir que o motorista do caminhão jogasse lixo naquele local, mas foi em vão [...]; que o depoente confirma tal denúncia da presença dos caminhões no local pertencentes às firmas já mencionadas, uma vez que existe a escrita nas caçambas e nas portas dos caminhões que fazem o transporte dos detritos.

Além disso, o próprio denunciado, em juízo, confirma ter depositado lixo na propriedade de Sandoval: "que é sócio proprietário do Rei do Entulho. Que depositou poucas viagens, esclarecendo que se refere a entulho de construção" (depoimento de f. 127).

Portanto, não há dúvidas de que a empresa do apelante depositou entulhos irregularmente na Fazenda São Lourenço, propriedade de Sandoval.

Para que o crime previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei 9.605/98 se consume, é necessário que haja real lesão ou o risco provável de dano à saúde humana, extermínio de exemplares da fauna local ou destruição expressiva de parcela representativa do conjunto de vegetais de uma determinada região. É o que se vê no presente caso.

De acordo com o relatório de vistoria de f. 42/43, embora o lançamento de resíduos efetuado pela empresa do apelante não tenha provocado danos à saúde

humana ou de animais, por se tratar de material inerte, que praticamente não se decompõe quando disposto ao solo, ocasionou a morte da vegetação rasteira nas áreas em que os entulhos foram depositados. À f. 54, o diretor da Superintendência de Água e Esgoto de Ituiutaba complementou o relatório, afirmando que "com a somatória destes montes de entulhos, pode-se considerar que houve destruição significativa da flora rasteira no local", o que é suficiente para ensejar a condenação.

O laudo pericial ainda informa a extensão dos danos causados e as medidas necessárias para sua reparação (f. 60/63):

> A extensão da área onde ocorreu o referido dano ambiental perfaz uma área total de 1,5 ha, foi mensurada com GPS Garmim 60CSX. O valor em pecúnia pode ser descrito pelo rendimento lenhoso, média de 50 m^3 por hectare por se tratar de área com vegetação de cerrado, com um valor de R$ 23,00 o m^3 de lenha, ou seja, R$ 1.725,00.
> [...]
> Para completa reparação do dano deve ser feito um projeto de recuperação de área degradada, por profissional habilitado, para que o local recupere suas características topográficas e, em seguida, seja implantado um projeto de recomposição florestal com espécies nativas da região.

Mesmo que juntamente com a empresa do apelante outras pessoas depositassem lixo irregularmente na fazenda pertencente a Sandoval, a empresa "Rei do Entulho" contribuiu sobremaneira para que ocorresse a destruição significativa da flora da região. É o que se infere do depoimento de Francisco Antero Ribeiro (f. 119), que afirma que "mais via jogar entulho era das empresas Rei do Entulho e Azulão".

E se retira do art. 2º da Lei 9.605/98 que todos aqueles que concorrem de qualquer forma para a prática dos crimes previstos nesta lei incidem nas penas cominadas. Sendo assim, não há que se falar em absolvição por não haver provas de que a conduta do apelante, por si só, foi suficiente para causar dano à flora da fazenda de Sandoval.

Também não há que se falar que flora não compreende vegetação rasteira.

O que se vê é uma tentativa incessante do apelante de se furtar da responsabilidade pelo dano ambiental que causou, assim como de suas obrigações. É inadmissível que uma empresa, cujo objeto é a prestação de serviços de transportes e limpeza de entulhos de construções diversas na cidade (f. 18), não tenha local apropriado para depositar o que recolhe, e o faça em propriedade privada alheia, sem qualquer autorização.

Por todos os motivos acima expostos restam demonstrados a autoria e o preenchimento do requisito do tipo penal imputado ao apelante, que é a geração de poluição que resulte em significativa destruição da flora por lançamento de resíduos em desacordo com as exigências legais. Portanto, correta é a decisão primeva, que condenou Reinaldo Teodoro de Castro nas iras do art. 54, § 2º, V, da Lei 9.605/98.

Em contrapartida, o Magistrado sentenciante, a meu ver, não agiu com o costumeiro acerto ao absolver a empresa Marfim Mudanças Ltda. - Rei dos Entulhos.

O constituinte brasileiro, seguindo a linha doutrinária e legislativa dos tratados e convenções internacionais, acolheu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, com a finalidade de reprimir a macrocriminalidade desenvolvida no âmbito das empresas.

A Constituição Federal prevê no art. 225, § 3º, que "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". Este dispositivo foi devidamente regulamentado pela Lei 9.605/98:

> Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.
> Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

A inserção desse dispositivo na Lei de Crimes Ambientais encerrou, pelo menos no plano normativo, a discussão sobre a legalidade e legitimidade das pessoas jurídicas na esfera criminal.

Há quem seja contra a responsabilização penal da pessoa jurídica, mas não punir empresas que se utilizam de meios ilícitos para auferir lucro colabora ainda mais para a inércia delas diante da necessidade de preservação e proteção. Responsabilizar criminalmente as empresas representa não só avanço na evolução do direito penal, que deve acompanhar o crescimento das empresas e a consequente devastação ambiental, como também representa adotar meios eficazes para a proteção da sociedade e do meio ambiente, indispensáveis à sobrevivência humana.

Assim, passa-se a obrigar as empresas a adotarem políticas de gerenciamento com medidas preventivas.

Guilherme de Souza Nucci, em *Leis penais e processuais penais comentadas*, discorre sobre o tema (4. ed., p. 878):

> [...] A interferência de autoridades com maior força de atuação no campo dos delitos ambientais - como o delegado, o membro do Ministério Público e o juiz - torna muito maior a possibilidade de se apurar e punir a infração penal ambiental cometida pela pessoa jurídica. Nesse prisma, confira-se a lição de Gilberto Passos de Freitas: 'Ora, deixar a ação preventiva e repressiva apenas na esfera administrativa e por conta apenas dos órgãos ambientais é relegar a proteção do meio ambiente à falta de efetividade. Ao contrário, agentes do Ministério Público e juízes, com as garantias constitu-

cionais e plena autonomia no exercício de suas funções, podem exercer, com os poderes da Lei Penal Ambiental, um papel relevante na preservação do meio ambiente' (*Crimes contra a natureza*, p. 25;). Entendemos que é momento de cessar o mito da punição penal exclusiva da pessoa física, quando se sabe que, no mundo todo, cada vez mais, a delinqüência se esconde por trás das pessoas jurídicas - reais ou de mera fachada -, mas que servem aos propósitos da criminalidade de grande relevo, como os crimes ambientais e, logicamente, os econômicos, financeiros, contra as relações de consumo, tributários, entre outros. A pessoa jurídica, criminalmente punida, pode sofrer danos irreparáveis à sua imagem diante da coletividade, bastando haver cultura suficiente para isso. Pensamos que, com o passar do tempo, o brasileiro, como já ocorre em outros países, passará a dar importância a quem degrada o meio ambiente de maneira criminosa, podendo rejeitar, por exemplo, a compra de produtos originários de pessoas jurídicas delinquentes, dando maior ênfase à finalidade preventiva do Direito Penal.

Em que pese toda a discussão acerca da viabilidade ou não de sua aplicação, a previsão constitucional e legal no ordenamento jurídico brasileiro gerou decisões judiciais em que se vê a aplicação prática da teoria da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, com variações no que tange às motivações.

Em julgamento de Recurso Especial, o STJ, por meio do Min. Gilson Dipp, da 5ª Turma, assim decidiu:

> [...] II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente. III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsável quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e benefício do ente moral. VIII. 'De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado'. IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade. X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica. XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que 'nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]', pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.

E é majoritário o entendimento nesta Casa de que é admitida responsabilidade penal da pessoa jurídica desde que haja imputação simultânea à pessoa física que atua em nome e benefício da empresa, tendo em vista os requisitos exigidos no art. 3º da Lei Ambiental já mencionado.

> Penal. Processual penal. Recurso especial. Delito ambiental. Possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica. Recurso conhecido e parcialmente provido.
> 1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, 'Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio' (REsp 889.528/SC, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 18.6.07).
> 2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para restabelecer a sentença condenatória em relação à empresa Dirceu Demartini ME. (REsp 989.089/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18.08.2009, *DJe* de 28.09.2009.)

No STF a questão ainda não está definida, mas, indiretamente, o tema é tratado em alguns *HC*s, ao diferenciar a responsabilidade do diretor da empresa e do ente coletivo no âmbito penal. Alguns ministros chegam até a proferir afirmações favoráveis à responsabilização. É o caso da Ministra Cármen Lúcia, que entende que "com o art. 225, § 3º, que fala expressamente em pessoas físicas ou jurídicas e que responderão penal e administrativamente, a meu ver, ficou superada a questão de não se poder dizer que não pratique crimes", bem como do Ministro Ricardo Lewandowski, que sustenta que "pessoas jurídicas respondem penalmente, em especial considerada a lei do meio ambiente" (*HC* 92.921-4-BA - Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Ainda sobre o tema, peço vênia para transcrever trecho do voto proferido pela 3ª Câmara do TACrimSP, no MS 349.440/8, Rel. Fábio Gouvêa - *RJTACrim* 48/382, no qual são expostos diversos pontos de diferentes autores sobre a possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica:

> Nos principais congressos internacionais realizados neste século o assunto é inevitavelmente discutido, sob vários aspectos (criminalidade econômica, ecológica, crimes contra o consumidor etc.), quase sempre chegando-se a conclusões que admitem a imposição de penas aos entes coletivos (p. 42). O Des. Sidnei Agostinho Beneti publicou na *RT* 731/471-476 artigo mostrando que na França já sobreveio condenação: 'É sabido que a França joga na prática jurisdi-

cional a experiência em assunto nobre, sobre o qual dissentem os penalistas há tempos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica ingressou no ordenamento jurídico francês por intermédio do novo Código Penal, que entrou em vigor no dia 01.03.1994'. Os partidários da admissão da pessoa jurídica como possuidora de capacidade penal, podendo ser sujeito ativo de crime, sustentam ser inegável e acentuada a tendência, nas legislações penais, atualmente, de reprimir as atividades criminais das empresas, através de rigorosas penalidades. A Editora Revista dos Tribunais lançou recentemente livro sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica (é o título da obra), coordenada por Luiz Flávio Gomes, Juiz aposentado deste Estado e estudioso de temas criminais. Na apresentação da obra o Professor Luiz Flávio Gomes resume o posicionamento de autores renomados, favoráveis a essa responsabilidade (f. 7/14), como exposto em capítulos específicos dos próprios autores. Faz referência à Ada Pellegrini Grinover para quem a ausência de norma processual ou procedimental, na Lei 9.605/98, não impede que se faça uso da analogia e dos princípios gerais do Direito, regulando o procedimento correspondente. João Marcello de Araújo Júnior, por sua vez, sustenta que a pessoa jurídica tem capacidade para agir criminosamente, possuindo vontade. E, diante do argumento de que tais pessoas não seriam capazes de pena porque incapazes de sentir suas conseqüências, enfatiza que esta é estrutura de pensamento antiga, pois hoje o Direito Penal não tem mais por finalidade realizar a todo custo o valor da justiça, compensando a culpa com a pena, mas sim se destina a fazer funcionar a sociedade. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos enfatiza que a pessoa jurídica é um ser real, organismo cuja vontade não é a soma das idéias de seus associados, Diretores ou Administradores. Não se trata - prossegue em seu resumo o Professor Luiz Flávio - de mera reformulação dos conceitos com que se opera no Direito Penal, mas de uma substituição de seus pressupostos fundantes, significando uma reorientação do sistema penal atual para os fins apontados pela Constituição de 1988. Walter Claudius Rothemburg, advogando a capacidade criminal da pessoa jurídica, mostra que o novo Diploma Legal que protege o meio ambiente já deu ensejo às primeiras acusações por parte do Ministério Público, inexistindo óbices processuais, apesar das omissões da lei. Outra recente obra foi lançada pelo Juiz Federal em São Paulo, Fausto Martin de Sanctis (Saraiva, 1999): 'O estabelecimento da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, ao contrário do que se possa entender, não se revela complexa em demasia, mormente quando são considerados os elementos do delito. É possível, portanto, a verificação de conduta e, por conseguinte, da concepção da teoria da autoria e participação. Basta que se verifique a formação da vontade superior expressa por seus órgãos de representação, caracterizada, em princípio, com a prática da conduta proibida em nome e no interesse da pessoa jurídica, para haver a possibilidade de responsabilização desta. Trata-se, assim, de forma de responsabilidade subjetiva, embora alguns entendam que a hipótese seja mesmo de imputação objetiva, razão pela qual deveria ser vedado pela legislação. No que tange ao nexo causal e ao resultado, o direito penal moderno vem estabelecendo um mandato para penalizar, no lugar de ser uma proibição de penalização quando inexistir ofensa a determinados bens jurídicos. Daí por que os sistemas penais, pouco a pouco, vêm estabelecendo delitos de perigo abstrato, realçando a necessidade de lhes conferir uma efetiva prevenção. Sem dúvida que se tenta tornar possível a repressão de novos tipos, mormente aqueles cometidos pelas pessoas jurídicas, em razão da facilidade que a sua complexidade e estrutura proporciona' (p. 162). E após outras considerações em defesa dessa tese conclui: 'A responsabilidade criminal dos entes coletivos releva-se, assim, como forma de melhor conferir eficácia ao direito penal, que não tem atingido todos os agentes da prática delituosa, em especial aqueles que, com seu poder e estrutura, cometem crimes mais facilmente. É imposição de uma nova realidade de Justiça, conclamada nos mais variados sistemas jurídicos, pelo reconhecimento da força social e econômica dos grupamentos' (p. 163). Aliás, a título meramente ilustrativo, pois pertinente ao assunto em termos genéricos, o enunciado da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça: 'A pessoa jurídica pode sofrer dano moral', circunstância que de certa forma revela atualização de conceitos.

Por todo o exposto e por coadunar com aqueles que entendem pela possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, principalmente no que tange aos crimes ambientais, acato o recurso do Ministério Público e condeno a empresa Mudanças Marfim Ltda., nome fantasia "Rei do Entulho", nas iras do art. 54, § 2º, V, da Lei 9.605/98, mesmo crime pelo qual foi condenado seu sócio-representante.

As penas previstas para a pessoa jurídica, por razões óbvias, não podem ser privativas de liberdade, mas devem ser calculadas com base nestas. Sendo assim, uma vez que o tipo penal imputado à empresa Rei do Entulho prevê que a pena é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e Reinaldo Teodoro de Castro foi condenado à pena de 1 (um) ano de reclusão, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária, condeno Mudanças Marfim Ltda, proporcionalmente, à pena de prestação de serviços à comunidade, consistente na execução de obras de recuperação da área degradada na Fazenda São Lourenço, pertencente a Sandoval Barbosa Filho, nos termos dos arts. 21, III, e 23, II, ambos da Lei Ambiental 9.605/98.

Para o cumprimento da pena deve ser levada em consideração a conclusão do relatório de f. 60/63, em que o perito afirma que:

> Para completa reparação do dano deve ser feito um projeto de recuperação de área degradada, por profissional habilitado, para que o local recupere suas características topográficas e, em seguida seja implantado um projeto de recomposição florestal com espécies nativas da região.

Por fim, no que se refere ao pedido de isenção de custas feito pela defesa, embora a assistência judiciária gratuita seja ínsita aos defendidos pela Defensoria Pública, as custas são efeito da condenação (art. 804 do CPP) e, por esse motivo, somente podem ser isentas pelo juízo da execução.

Posto isso, nego provimento ao recurso da defesa de Reinaldo Teodoro de Castro e dou provimento ao recurso ministerial, para condenar a empresa Mudanças Marfim Ltda. nas sanções do art. 54, § 2º, V, da Lei

9.605/98, à pena de prestação de serviços à comunidade, consistente na execução de obras de recuperação da área degradada.

Custas, pelo segundo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDIWAL JOSÉ DE MORAIS e JUDIMAR BIBER.

Súmula - PROVIDO O RECURSO MINISTERIAL E NÃO PROVIDO O DEFENSIVO.

...

Lesão corporal no âmbito doméstico - Laudo pericial confeccionado por um só perito - Validade - Súmula nº 20 do TJMG - Nulidade - Afastamento - Conduta praticada - Necessidade - Prova - Vítima - Comportamento violento - Prova testemunhal - Absolvição que se impõe

Ementa: Penal. Delito de lesão corporal. Violência doméstica. Nulidade do laudo pericial. Impossibilidade. Um único perito. Possibilidade. Preliminar rejeitada. Mérito. Absolvição. Necessidade. Conduta praticada para proteção do patrimônio do apelante. Recurso conhecido e provido.

- O laudo pericial confeccionado e assinado por um único perito não é nulo, especialmente quando apto a confirmar possíveis lesões.

- O apelante praticou a conduta confessada pelo mesmo para proteger seu patrimônio que estava sendo destruído pela vítima.

- A ação do apelante foi proporcional à conduta da vítima, objetivando o mesmo repelir a agressão aos seus pertences, não havendo que se falar em condenação.

Recurso provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0525.07.122234-9/002 - Comarca de Pouso Alegre - Apelante: Leandro Raymundo Damasceno Ferreira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PEDRO VERGARA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Pedro Vergara, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINAR DA DEFESA E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2011. - *Pedro Vergara* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO VERGARA (convocado): Cuida-se de Ação Penal Pública promovida pelo Ministério Público contra Leandro Raymundo Damasceno Ferreira, como incurso nas sanções do artigo 129, § 9º, do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 9 de março de 2007, por volta de 01:00 hora, no local denominado Rua Joaquim Augusto de Souza, nº 80, Bairro Nossa Senhora Aparecida, na cidade de Pouso Alegre, o apelante ofendeu a integridade corporal da vítima Alessandra Martins Albino, causando-lhe lesões corporais, prevalecendo-se o acusado das relações domésticas, tudo conforme consta do inquérito anexo (f. 02-03).

Recebida a denúncia, o apelante foi citado e interrogado, apresentando a defesa preliminar de f. 27-29 (f. 03, 23 e 25-26).

As testemunhas arroladas foram ouvidas, nada requerendo as partes em diligência (f. 72-75).

O órgão Ministerial pede, nas alegações finais, a condenação, rogando a defesa preliminarmente a nulidade do exame de corpo delito e, no mérito, a absolvição (f. 78-79 e 80-99).

Proferida a sentença, o apelante foi condenado nas sanções do artigo 129, § 9º, do Código Penal à pena de 3 (três) meses de detenção, no regime aberto (f. 102-106).

Inconformado com a decisão, recorreu o apelante, pretendendo preliminarmente a nulidade do laudo pericial e, no mérito, a absolvição, rogando o *Parquet* o desprovimento do pleito, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça de igual forma (f. 110-117, 118-124 e 127-129).

Acórdão proferido anulando a sentença, por ausência de análise da possibilidade de concessão do *sursis* (f. 136-140).

Proferida nova sentença, o apelante foi condenado nas sanções do artigo 129, § 9º, do Código Penal à pena de 3 (três) meses de detenção, no regime aberto, substituída a pena por uma restritiva de direitos, consistente em limitação de fim de semana (f. 145-151).

Inconformado com a decisão, recorreu o apelante, pretendendo preliminarmente a nulidade do laudo pericial e, no mérito, a absolvição, nos termos do artigo 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. 156-166, 167-173 e 178-181).

É o breve relato.

I - Da admissibilidade.

Conheço do recurso, já que presentes os pressupostos para sua admissão.

II - Das preliminares.

Submeto à apreciação da Turma Julgadora a preliminar suscitada pela defesa, consistente em nulidade do laudo pericial, ao argumento de que o mesmo foi elaborado apenas por um perito.

O referido laudo realmente foi elaborado por apenas um perito, o Dr. Jason Ferreira Pereira (f. 07).

Constata-se, entretanto, que inexistiu prejuízo à defesa, porquanto concluiu o *expert* de maneira clara e objetiva a existência de ofensas à integridade corporal da vítima, por meio de instrumento contundente.

A questão em debate, ademais, já se encontra sumulada nesta Corte: "não é nulo exame pericial realizado por um único perito oficial" (Súmula nº 20).

O Supremo Tribunal Federal vem firmando ainda posicionamento no sentido de reconhecer que o laudo assinado por um só perito não gera vício ensejador de nulidade, especialmente quando o documento é hábil a provar a existência do crime.

> [...] O Supremo tem entendimento a dizer da validade da perícia quando realizada por um único perito oficial [...]. (STF - HC 73555 - Rel. Min. Francisco Resek.)

No mesmo sentido, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Autoria e materialidade comprovadas. Absolvição. Impossibilidade. Condenação mantida. Prova pericial. Laudo assinado por um só perito. Mera irregularidade. Ausência de fixação de pena para proibição de conduzir veículo automotor. Adequação com a pena privativa de liberdade. Recurso negado. Voto vencido parcialmente. [...] - É entendimento pacífico na jurisprudência que o laudo pericial assinado por apenas um perito oficial não configura nulidade. [...]. (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0378.04.-011189-0/001 - Rel. Des. William Silvestrini - *DJ* de 27.06.2007.)

O fato de o exame ter sido realizado por apenas um perito não retira, dessa forma, a credibilidade do mesmo, já que as lesões corporais constatadas no laudo podem ser comprovadas por outros meios de prova.

Diante do exposto, rejeito a preliminar suscitada pela defesa, passando para a análise do mérito.

III - Do mérito.

Cuida-se de delito de lesão corporal no âmbito doméstico, cuja norma penal incriminadora se encontra insculpida no artigo 129, § 9º, do Código Penal.

Resume-se a questão à análise da possibilidade de absolvição.

A materialidade delitiva se encontra suficientemente comprovada, principalmente através da Portaria de f. 04 do Boletim de Ocorrência de f. 05 e Exame de Lesões Corporais de f. 07.

Em relação à autoria, o apelante alega que realmente segurou a vítima de forma firme e a jogou no sofá, o que pode ter causado as lesões descritas no laudo pericial acostado à f. 07.

O apelante, contudo, explica sua conduta, demonstrando a necessidade da mesma, *in verbis*:

> [...] que o interrogando segurou a vítima porque ela estava quebrando todos os equipamentos de trabalho do interrogando; que a vítima estava se debatendo; que segurou firme a vítima porque ela se debatia e também chutava o interrogando; que os ferimentos e equimoses na vítima foi em decorrência disto; que nunca morou com a vítima; que tem uma filha com a vítima que hoje tem 06 anos[...] (Leandro Raymundo Damasceno Ferreira 25-26).

O depoimento do apelante, portanto, evidencia que o mesmo causou lesões à vítima, por ser a medida necessária no momento do fato diante da situação em que se apresentava.

A vítima estava transtornada, quebrando os objetos de propriedade do apelante, tentando ainda agredi-lo.

O apelante, dessa forma, agiu contra a vítima para defender seu patrimônio e sua integridade física, justificando a necessidade de sua conduta.

Em casos como o ora em análise, a palavra da vítima realmente tem grande importância probatória, como ressaltou o magistrado primevo na sentença fustigada, mas a mesma deve se apresentar harmônica e demonstrar que a ação do acusado foi desproporcional e injusta, o que não se verifica no presente caso.

Ressalte-se, lado outro, o depoimento da testemunha Daniela de Araújo Cunha, que relata ser a vítima muito ciumenta, o que leva a mesma a ser desequilibrada:

> [...] que a vítima é muito ciumenta e muito nervosa; que no entender da depoente a vítima chega a ser desequilibrada pelo ciúme; [...] (f. 73).

Atente-se ainda que a vítima após o fato em análise agrediu o apelante, evidenciando sua personalidade violenta e atormentada pelo ciúme (f. 73).

As alegações do apelante se encontram ademais em consonância com o depoimento da testemunha Everson Castro de Souza:

> [...] que depois dos fatos esteve na casa onde o acusado está morando atualmente e viu televisão, guarda-roupas, rack, jogados no chão e quebrados; que foi a vítima que quebrou e o depoente viu ela quebrando; que a vítima tinha muito ciúme do acusado; que a vítima chegou a dizer que ia entrar pelo vão da garagem para ir atrás do acusado; que no dia dos fatos o acusado jantou na casa do depoente com medo da vítima. [...] (f. 74.)

A própria vítima relata que no dia dos fatos compareceu à residência do apelante e que talvez quebrou objetos do mesmo (f.12).

No laudo pericial acostado à f. 07, é possível observar que as lesões sofridas pela vítima foram leves, corroborando com as afirmações do apelante que agiu apenas para defender seu patrimônio.

A conduta do apelante dessa forma se encontra proporcional à ação da vítima, objetivando o mesmo repelir a agressão aos seus pertences e não causar lesões àquela.

No presente caso, resta comprovado, portanto, que o apelante segurou a vítima de forma robusta e a jogou contra o sofá, o que levou a mesma a sofrer lesões, mas sua conduta se encontra totalmente justificada, o que afasta o édito condenatório.

Nesse sentido:

> Ementa: Apelação criminal. Lei 11340/06. Violência doméstica. Ausência de provas. Absolvição mantida. - Se o conjunto probatório, em juízo, não oferece o necessário respaldo para a versão dos fatos trazida pelo Ministério Público na exordial acusatória e nas alegações finais, a absolvição é medida que se impõe (Apelação Criminal nº 1.0309.07.-018625-4/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, TJMG, data da publicação 30.03.09).

A absolvição, dessa forma, é medida que se impõe nos termos do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, rejeito a preliminar suscitada pela defesa e, no mérito, dou provimento ao recurso, absolvendo o apelante nos termos do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADILSON LAMOUNIER e EDUARDO MACHADO.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DA DEFESA E DERAM PROVIMENTO.

...

Violação de direito autoral - Adequação social - Laudo pericial - Indicação das vítimas - Desnecessidade

Ementa: Apelação criminal. Violação de direito autoral. Laudo pericial. Prescindibilidade de indicação das vítimas da contrafação. Autoria e materialidade comprovadas. Princípio da adequação social. Inaplicabilidade. Condenação necessária. Recurso provido.

- Para a caracterização do delito previsto no art. 184, § 2º, do CP, basta a realização de um dos verbos contidos no tipo penal, não sendo necessário que o laudo pericial especifique as vítimas da contrafação, nem mesmo que forneça maiores detalhes do conteúdo das mídias examinadas, bastando apontá-las como inautênticas.

- A existência dos conhecidos *shoppings* populares, criados para retirar das ruas os chamados "ambulantes", não permite a conclusão de que a venda de reproduções artísticas sem autorização do autor é ordenada ou fomentada pelo Estado. Além do mais, a vergonhosa "tolerância" quanto às vendas de material contrafeito nos referidos estabelecimentos não pode autorizar que o Judiciário feche os olhos para as infrações dos agentes que fingem ignorar a ilicitude de suas condutas, devendo sim haver a intervenção estatal para combatê-la.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0183.08.144987-2/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelada: Maria Eunice dos Santos - Relator: 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, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de janeiro de 2011. - *Alberto Deodato Neto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contra a sentença de f. 56/57, que absolveu Maria Eunice dos Santos da imputação contida no art. 184, § 2º, do CP, com fulcro no art. 386, II, do CPP.

Narra a denúncia que, no dia 27/03/2008, na Praça Getúlio Vargas, centro, Conselheiro Lafaiete/MG, policiais militares surpreenderam a apelante expondo à venda 645 cópias de CD's e DVD's, todas reproduzidas com violação do direito do autor.

Intimações da sentença regulares, f. 58 e 62.

Pleiteia o apelante, razões de f. 64/67, a condenação da recorrida, nos exatos termos da denúncia.

Contrarrazões às f. 69/71, em que o apelado pede o não provimento do recurso, com a manutenção da sentença recorrida e, alternativamente, a fixação da pena no mínimo legal, a aplicação da atenuante da confissão espontânea e a substituição da pena privativa de liberdade.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, opina pelo provimento do recurso ministerial (f. 78/82).

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Sem preliminares arguidas ou apreciáveis de ofício.

Pretende o Ministério Público a reforma da decisão do d. juiz de primeiro grau, que absolveu o apelado das penas do art. 184, § 2º, do CP, ao fundamento de que, para a caracterização do delito, é prescindível a identificação das vítimas detentoras dos direitos autorais supostamente violados.

Seu inconformismo procede.

Quanto à autoria, nenhuma dúvida há, já que a própria apelada confessou que expunha à venda vários CD's e DVD's piratas (f. 47 c/c f. 11/12).

Por sua vez, a materialidade delitiva, ao contrário do que entendeu o d. magistrado *a quo*, está igualmente inconteste.

Ora, para a caracterização do delito *sub examine*, basta a realização do verbo contido no tipo penal, *in casu*, expor à venda, com intuito de lucro, cópias de mídias fonográficas e videofonográficas reproduzidas com violação do direito de autor, não necessitando que o laudo especifique as vítimas da contrafação, nem mesmo que forneça maiores detalhes do conteúdo das mídias examinadas. Assim, basta que sejam as cópias apontadas como inautênticas, o que de fato ocorreu, tendo os d. peritos signatários afirmado que:

> Ao final desses exames, face ao material padrão utilizado para confronto, foram constatadas: divergências nos CD's de áudio e nos DVD's de vídeo, bem como nos estojos protetores individuais de valor técnico-pericial, demonstrando que os mesmos não contêm os itens de autenticidade estabelecidos e informados pela entidade protetora dos direitos autorais das obras (APDFI).

Ademais, como bem ressaltou o il. Procurador de Justiça, não seria razoável que tivessem de ser apontados os 645 autores das obras copiadas.

Outrossim, inexiste qualquer outra prova capaz de elidir a conclusão a que chegou o laudo pericial, motivo pelo qual se impõe a condenação da apelada.

Nesse ponto, ressalte-se não proceder a alegação da d. defesa, de que a punibilidade de Maria Eunice dos Santos estaria extinta pela decadência.

Ora, trata-se de ação penal pública incondicionada (art. 186, II, do CP), não sendo aplicável ao caso a Lei 9.609/98, já que relativa apenas à proteção da propriedade intelectual de programas de computador.

Logo, legitimo o Ministério Público para o oferecimento da denúncia, não havendo que se falar em ausência de queixa-crime e decurso do prazo decadencial.

Descabido, também, o pedido de absolvição com base no princípio da adequação social.

Ora, os *shoppings* populares e "camelódromos", criados para retirar das ruas os ambulantes, não autoriza a conclusão de que a venda de reproduções artísticas sem autorização é ordenada ou fomentada pelo Estado.

A absurda tolerância de Prefeituras é realmente uma lástima e uma infeliz realidade que nos assombra, mas não pode ser invocada como forma de justificar tal conduta, eis que a pirataria, embora represente prática recorrente no mundo atual, é ilegal.

Ademais, ela não pode servir de parâmetro sobre a licitude ou ilicitude da conduta violadora dos direitos autorais, principalmente porque seu caráter ilícito não é restrito a pequena parcela da população. Pelo contrário, o conceito de "direito autoral" é plenamente difundido na sociedade, tanto é que o próprio objeto de falsificação possui aviso notório das consequências da sua violação.

Assim, impossível a absolvição da apelada, até mesmo com base no princípio da intervenção mínima, que, além de não estar previsto em nosso ordenamento jurídico, importaria, se aplicado, no desprestígio da função preventiva da pena e estimularia a reiteração do delito de violação de direitos autorais, contribuindo para o banditismo.

Desse modo, Maria Eunice dos Santos deve ser condenada nas iras do art. 184, § 2º, do CP, pelo que, passo à fixação das penas, de acordo com os arts. 59 e 68 do CP:

Culpabilidade: fazendo-se um juízo de reprovação da conduta da apelada, atentando-me para as circunstâncias que envolveram o delito, para as suas condições pessoais e para a intensidade do dolo e grau de culpa (que, apesar de não integrarem a culpabilidade, devem ser examinados para a censura da prática delituosa em análise), tenho que ela não extrapolou os limites próprios do tipo penal cometido, devendo ser considerada em seu favor tal circunstância judicial.

Antecedentes: imaculados.

Conduta social e personalidade: inexistem provas que as desabonem.

Motivos: nada há, com relação aos motivos do crime, que possa influir na presente decisão.

Circunstâncias e consequências: são as próprias do tipo penal.

Comportamento da vítima: não teve qualquer influência no delito.

Em face das circunstâncias judiciais anotadas, fixo as penas-base em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Embora reconhecida a atenuante do art. 65, III, *d*, do CP, deixo de diminuir as penas, por estarem já fixadas no mínimo legal.

Ausentes agravantes, causas de diminuição ou aumento de pena, torno a reprimenda definitiva no *quantum* anotado.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime aberto, com fulcro no art. 33, § 1º, *c*, § 2º, *c*, e § 3º, do CP.

Presentes os requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade aplicada por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da condenação, e de prestação pecuniária, consistente no pagamento de um salário mínimo a entidade pública, tudo conforme for determinado em execução.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para condenar Maria Eunice dos Santos como incursa nas sanções do art. 184, § 2º, do CP, nos exatos termos da denúncia.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FLÁVIO LEITE e JUDIMAR BIBER.

Súmula - PROVIDO O RECURSO.

...

Estelionato - Internet - *Site* de vendas - Pagamento - Comprovantes falsos enviados via *e-mail* - Fraude - Vítimas - Indução a erro - Mercadorias remetidas - Fraude civil - Não ocorrência - Finalidade - Obtenção de vantagem indevida - Teoria da imputação objetiva - Inaplicabilidade - Lesividade patente

Ementa: Penal. Crimes de estelionato. Fraude na compra pela internet. Matéria fático-probatória. Suficiência de provas da autoria. Delito caracterizado. Inocorrência de fraude civil. Teoria da imputação objetiva. Princípio da adequação social. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Recurso não provido.

- Não se cogita da absolvição, por fragilidade de provas, se o agente confessou o crime no inquérito em consonância com a prova testemunhal, devendo-se privilegiar a confissão extrajudicial em detrimento da retratação judicial isolada e inconsistente.

- Pratica o crime de estelionato aquele que, fazendo-se passar por promitente comprador de bens anunciados em *site* de venda pela internet, falsifica e-mail de comprovação do pagamento para induzir a vítima a lhe enviar a mercadoria pelos correios.

- O estelionato distingue-se da fraude civil, porque naquele o agente se vale de artifício para iludir a vítima, com o propósito de não honrar o compromisso assumido.

- Inaplicável a Teoria da Imputação Objetiva à luz do princípio da adequação social se o agente deu causa ao resultado mediante a prática de ação desvaliosa (fraude) e causadora de perigo juridicamente desaprovado, qual seja dano patrimonial às vítimas e descrédito à empresa fornecedora de serviços comerciais via rede mundial de computadores.

- A lesividade da conduta decorre não apenas do prejuízo material, mas também pela utilização de fraude para iludir as vítimas e induzi-las a erro, donde se pode extrair a periculosidade dos agentes envolvidos em práticas desse jaez.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0701.06.148666-1/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: Altair Davi de Morais - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Cláudio Evandro Oliveira dos Santos - 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, 16 de março de 2011. - *Júlio Cezar Guttierrez* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Altair Davi de Morais, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 171, *caput*, (três vezes) e art. 171 c/c arts. 14, II, 29 e 69, todos do CP, porque, em março de 2006, previamente ajustado com o corréu Cláudio Evandro Oliveira dos Santos e o adolescente A.M.S.M., obteve, para si, vantagem ilícita, em prejuízo de terceiros, por meio da aquisição fraudulenta de produtos pela internet, através do *site* "Mercado Livre".

O MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Uberaba julgou procedente o pedido contido na denúncia e o condenou, nas iras do art. 171, *caput* (três vezes), c/c arts. 29 e 71, todos do CP, a cumprir a pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade (f. 287/296).

Irresignado, o réu apelou por meio da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, pleiteando a absolvição, nos termos do art. 386, III, do CPP, por atipicidade da conduta, com aplicação da teoria da

imputação objetiva e do Direito Penal Mínimo e seus princípios. Subsidiariamente, pede a absolvição com fulcro no inciso VI do mesmo artigo, em consonância com o primado do *in dubio pro reo*, haja vista a insuficiência de provas da autoria (f. 309/332).

Contra-arrazoando, o Ministério Público se bate pelo conhecimento e improvimento do recurso (f. 340/353). No mesmo sentido opina a douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador Antônio de Padova Marchi Júnior (f. 389/392).

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, próprio, tempestivo e regularmente processado.

Não há preliminares a serem enfrentadas, e, não se vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

Narra-se, na denúncia:

> Consta dos autos que, durante o mês de março do corrente ano, nesta cidade, os denunciados, juntamente com o adolescente A.M.S.M., 17 anos, por meio da rede de comunicação mundial - internet, através do *site* 'Mercado Livre', adquiriram para eles, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo as vítimas em erro, mediante artifício fraudulento.
> Consta mais dos autos, que o menor A.M.S.M., através de seu computador via internet, negociou no Mercado Livre, *site* de compra de mercadorias, os objetos apreendidos (conforme auto de apresentação e apreensão, f. 11/12) na residência onde se encontrava o segundo denunciado - Cláudio Evandro Oliveira dos Santos -, com as vítimas descritas nos termos de f. 39/40, e convidou o primeiro denunciado para participar do golpe em troca do recebimento de partes das mercadorias.
> O primeiro denunciado ficou encarregado de encontrar um endereço seguro para que as mercadorias fossem enviadas. A partir desta etapa o denunciado Altair procurou o denunciado Cláudio, que lhe forneceu o endereço onde o mesmo foi preso em flagrante delito com todas as mercadorias.
> Fornecido o endereço pelo segundo denunciado, o primeiro denunciado, juntamente com o menor formalizaram os negócios com as vítimas, tendo estes remetido às mesmas e-mails falsos comprovando o efetivo pagamento das mercadorias. Com esta fraude, as vítimas, enganadas, remeteram via sedex, todas as mercadorias para o endereço localizado na Rua Yolanda Derenusson Silveira, nº 101, Bairro Umuarama, nesta cidade para a pessoa de Cláudio Evangelista.
> Consta ainda que as mercadorias foram enviadas para o endereço citado, sendo elas uma aparelho celular Sony Ericson modelo W800, pertencente à vítima Richard Melo; um aparelho celular Motorola V300, pertencente à vítima Alexandre Meireles Carloskes; um aparelho celular Sansung X480, pertencente à vítima Telmo Linhares, onde se encontrava o segundo denunciado.
> Além das mercadorias apreendidas, as vítimas Eduardo Dias e Conrado C. Alves de Melo chegaram a enviar aos denunciados determinadas encomendas, que, no entanto, não foram entregues diante da solicitação dos vendedores e a prisão do segundo denunciado.
> Consta, também, que, após a entrega das mercadorias pelo correio na residência do segundo denunciado, foi efetuada a apreensão destas, bem como foi este preso em flagrante delito (f. 02/03).

Embora a defesa tenha formulado o pedido de absolvição por insuficiência probatória como pleito secundário, faz-se mister analisar, inicialmente, a prova da autoria e da materialidade dos crimes, sem o que não há que se falar em aplicação de qualquer princípio ou causa de exclusão da tipicidade penal.

A materialidade se consubstancia no auto de apreensão (f. 15/16), no aviso de tentativa de entrega (f. 36), impressão das qualificações de usuário no *site* Mercado Livre (f. 45/46), nota fiscal (f. 56), certidões de ligações telefônicas (f. 170/171).

A despeito do esforço defensivo, a autoria dos delitos também está comprovada a contento nos autos, a meu sentir.

Em juízo, o apelante nega que estivesse em conluio com os demais envolvidos, ou que tivesse ciência da origem ilícita dos bens. Alega que apenas fez "um favor" para o adolescente A.M.S.M., que é seu primo, fornecendo-lhe um endereço para a entrega das mercadorias, justificando que forneceu o endereço do corréu, mediante sua autorização, porque ele (apelante) não estaria em casa para recebê-las (f. 79/80).

Todavia, sua versão judicial não convence, sobretudo porque, na fase do inquérito, confessou "que recebeu uma proposta de seu primo menor de idade chamado A.; que, segundo a proposta, A. compraria mercadorias pela internet recebendo-as sem pagamento" (f. 29), demonstrando, assim, que aderiu à empreitada sabendo de sua natureza criminosa.

O réu confessou, ainda, que ficou "com medo" de fornecer seu endereço e questionou o corréu, seu colega de trabalho, sobre a possibilidade de ele fazê-lo, assumindo, outrossim, que "ficaria com um dos aparelhos comprados pela internet" (f. 29).

A confissão extrajudicial do apelante é uma versão bem mais coerente para os fatos, mesmo porque não é crível que ele se prestasse a pedir o endereço de um amigo, para entrega de mercadorias de terceiros, sem ciência da negociação e sem auferir algum ganho nisso.

Ademais, a confissão extrajudicial do apelante está em plena consonância com a delação do menor (f. 26/27), que detalhou toda a empreitada criminosa, e com as declarações do corréu (f. 12/13 e 77/78), que foi preso em flagrante delito, na sua residência, em posse do produto do crime. O auto de apreensão de f. 15/16 atesta a apreensão de três caixas de correio contento os aparelhos celulares enviados pelas vítimas Richard Melo, Alexandre Meireles Carloskes e Telmo Linhares (remetente Aline Pellegrini Lopes).

Valiosas, também, as declarações da vítima Alexandre Meireles Carloskes (f. 166/167), que relata ter negociado seu aparelho celular, anunciado no *site*

Mercado Livre, com um indivíduo de nome "Cláudio Evangelista", a quem enviou o produto, via correio, após receber um suposto e-mail do *site* confirmando o pagamento da quantia negociada.

As vítimas Telmo Linhares e Richard Melo, residentes no Estado de São Paulo, não foram encontradas para oitiva judicial (f. 228-v. e 230), contudo, consta que os acusados procederam da mesma forma em relação às mesmas, consoante certidões de ligações telefônicas de f. 170/171.

As cópias dos e-mails enviados às vítimas Telmo Linhares e Richard Melo constam do relatório de inteligência da Policial Federal acostado aos autos às f. 37/44, cujo conteúdo, aliás, foi confirmado pelo subscritor, o agente da Polícia Federal Antonio Pinto de Souza Junior, em juízo, *in verbis*:

> Que a mercadoria foi apreendida na casa de Cláudio; que Cláudio disse ter sido aliciado por Altair que disse que foi aliciado pelo menor; que todas as mercadorias já estavam desembaladas; [...] que os agentes confessaram a prática delituosa perante o depoente; que segundo o menor o procedimento foi realizado a pedido de uma pessoa de São Paulo que ele não quis apontar; [...] que obtiveram comprovação dos procedimentos pelo computador; que inclusive juntaram cópias dos e-mails passados para as vítimas; [...] que Cláudio confessou ter sido contratado por Altair para receber as mercadorias em troca de um aparelho celular que ficaria consigo, repassando as demais mercadorias para Altair (f. 101).

O meio fraudulento utilizado pelo apelante e seus comparsas consistiu em fraudar comprovantes de pagamento eletrônico dando-lhes aparência de autenticidade, ou seja, como se tivessem sido emitidos pelo *site* Mercado Livre, palco das negociações.

O *site* em questão oferece uma segurança aos anunciantes por meio do sistema "Mercado Pago", em que o promitente comprador deposita o valor para a empresa Mercado Livre e esta comunica, por meio de correio eletrônico, o pagamento ao vendedor, que então tem segurança de enviar a mercadoria negociada, normalmente via correio.

A falsidade dos e-mails resta patente nos autos, independentemente de perícia, uma vez que o pagamento de fato não foi efetivado, tendo o Mercado Livre certificado a inexistência de recebimento de qualquer quantia relativa às mercadorias anunciadas, conforme relata a vítima Alexandre Meireles Carloskes (f. 166/167), em consonância com as provas mencionadas no referido relatório de inteligência da Policial Federal (f. 37/44).

Assim, não procede a alegação da defesa de que as vítimas agiram de forma imprudente, enviando os produtos antes de confirmar o pagamento (tese do incremento do risco proibido pelas vítimas).

Ora, ao falsificarem esses e-mails de confirmação de recebimento de pagamento, enviando-os em nome do Mercado Livre, operação sofisticada e de difícil realização, os agentes certamente se valeram de um meio fraudulento plenamente eficaz, suficiente para induzir as vítimas em erro, tanto é que todas enviaram seus produtos após a suposta "confirmação" de pagamento. Nesse caso, não lhes era exigível que confirmassem o pagamento por meio de contato com a empresa, haja vista que os e-mails já representavam, *per se*, a comprovação desse pagamento.

Assim, entendo que o dolo de fraude está plenamente evidenciado no caso em questão. Além de violar a ética, o réu demonstrou que não tinha a intenção de honrar o compromisso assumido na negociação ao valer-se de meio fraudulento para forjar o pagamento, o que reflete elemento subjetivo típico do estelionato, e não fraude civil, uma vez que nesta hipótese a vantagem ilícita não é *ab initio* premeditada pelo agente.

A propósito, preleciona a doutrina:

> Segundo a doutrina não há apenas fraude civil, mas sim estelionato quando houver: propósito *ab initio* do agente de não prestar o equivalente econômico; um dano social e não meramente individual; violação do mínimo ético; um perigo social, mediato ou indireto; uma *mise en scène* para iludir; lucro ilícito e não do negócio etc. Certo é que o mero inadimplemento de um contrato não constitui estelionato. De qualquer forma, é certo que, em qualquer negócio jurídico, havendo fraude, pode existir o crime de estelionato. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1.360.)

Lado outro, diversamente do alegado na defesa, resta demonstrado o estreito nexo causal entre a conduta dos agentes e o resultado. A relação se estabelece, precipuamente, entre os e-mails falsos e a entrega dos bens, pois não foi senão por causa da confirmação do pagamento declarada nos e-mails em referência que as vítimas se sentiram seguras para enviar os produtos negociados.

A autoria dos e-mails partiu, certamente, de um dos envolvidos, haja vista que as mercadorias foram entregues na residência do corréu, cujo endereço foi fornecido pelo apelante. Nesse contexto, irrelevante que a autoria dos e-mails não possa ser imputada a este, porquanto comprovado que o mesmo aderiu à conduta dos demais e a eles se aliou na esperança de auferir certa vantagem ilícita, conforme confessou no inquérito em consonância com as demais provas colacionadas aos autos.

Inaplicável, por fim, a Teoria da Imputação Objetiva (art. 13 do CP), segundo a qual

> só é objetivamente imputável um resultado causado por uma ação humana quando dita ação criou um perigo juridicamente desaprovado que se realizou no resultado típico (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 155).

A lesividade é patente, *in casu*, não só pelo prejuízo material, mas também pela fraude utilizada para iludir as vítimas e induzi-las a erro, donde se pode extrair a ousadia e consequente periculosidade dos agentes envolvidos nessa condenável prática.

A análise acurada da questão mostra, igualmente, resultado jurídico desvalioso, qual seja a fraude mediante falsificação de documento digital para usurpação de patrimônio alheio, o que é extremamente lesivo ao meio social. Aceitá-la como conduta irrelevante desmerece e aniquila o sonho de pessoas que trabalham honestamente para adquirir bens e a credibilidade de empresas que fornecem serviços comerciais pela rede mundial de computadores, o que não pode ser aceito pelo ordenamento jurídico pátrio, desautorizando a declaração de atipicidade da conduta sob os auspícios da adequação social.

Os agentes induziram a vítima em erro para a concretização do negócio e obtenção de indevida vantagem; portanto, não se trata de simples desacordo comercial, conforme já ressaltado, tampouco de conduta insignificante do ponto de vista penal. Aliás, o valor dos bens nem sequer se amolda à concepção doutrinária e jurisprudencial do crime de bagatela, vale dizer, aquele que não ultrapassa 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época do fato.

Por fim, nem se argumente que a sentença não tem lastro na prova judicializada (art. 155 do CPP). As provas carreadas aos autos no inquérito da Polícia Federal, e que serviram de base para a condenação, têm lastro no contraditório e na ampla defesa, porquanto renovadas em juízo, não havendo que se falar em decisão baseada exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.

Dessarte, o acervo de provas não poderia ser mais escorreito, não dando ensejo a nenhum laivo de dúvida quanto à materialidade e à autoria delitivas, bem como quanto à capitulação da conduta, que se amolda perfeitamente ao tipo previsto no art. 171 do CP.

A defesa não formulou pedido relativo à aplicação da pena, e tampouco vislumbro qualquer reparo a que se deva proceder de ofício, sendo de registrar que as penas-base foram estabelecidas no mínimo legal cominado à espécie e elevadas à fração mínima (1/6) pela regra do crime continuado (art. 71 do CP).

Quanto à ponderação acerca da primariedade do réu, não vejo procedência, uma vez que tal condição foi efetivamente reconhecida na r. sentença recorrida.

Ao final, a pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos, fixando-se a pena substitutiva com razoabilidade e em obediência aos ditames do art. 44 do CP.

Por essas razões, nego provimento ao recurso, para manter, na íntegra, a r. sentença hostilizada.

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 pela Defensoria Pública.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DOORGAL ANDRADA e HERBERT CARNEIRO.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Porte ilegal de arma de fogo - Arma desmuniciada - Crime de mera conduta e perigo abstrato - Erro de proibição - Confissão espontânea - Atenuante - Prestação pecuniária e multa - Cumulação

Ementa: Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo. Autoria e materialidade comprovadas. Arma desmuniciada. Irrelevância. Absolvição. Impossibilidade. Erro de proibição. Inocorrência. Atenuante de confissão espontânea. Redução da pena aquém do mínimo legal. Impossibilidade. Prestação pecuniária e multa. Cumulação. Não vedação. Natureza distinta. Recurso conhecido e não provido.

- Restando devidamente comprovadas a autoria e a materialidade do delito de porte ilegal de arma de fogo praticado pelo réu, inviável se aventar em hipótese de absolvição, não sendo cabível, também, *in casu*, o reconhecimento do erro de proibição.

- O crime de porte ilegal de arma de fogo, tipificado no art. 14 da Lei 10.826/03, é de mera conduta e de perigo abstrato, de modo que o simples porte de arma de fogo de uso permitido é bastante para configurá-lo, independentemente de a arma estar municiada ou não.

- As circunstâncias atenuantes não têm o condão de reduzir as penas aquém do mínimo legal, conforme orientações constantes das Súmulas 231 do Superior Tribunal de Justiça e 42 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

- Não há óbice à cumulação da pena de multa com a de prestação pecuniária, tal como determinada em sentença, haja vista a natureza diversa das reprimendas.

Recurso conhecido e não provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0672.05.182645-7/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Vinícius Ribeiro de Andrade - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 3 de março de 2011. - *Matheus Chaves Jardim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo réu Vinícius Ribeiro de Andrade contra a r. sentença de f. 45/50, que, nos autos da ação penal ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais, julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando-o, como incurso no art. 14 da Lei nº 10.826/03, às penas de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime inicialmente aberto, substituindo, contudo, a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, qual seja prestação pecuniária e multa.

No recurso de apelação, às f. 59/69, pugna o réu por sua absolvição, sob alegação de que a arma de fogo apreendida estava desmuniciada, razão pela qual não seria hábil a oferecer risco à integridade física de outrem ou à incolumidade pública.

Sustenta, ainda, que, embora tivesse confessado sua conduta, agiu sem ter conhecimento sobre a ilicitude do fato, ressaltando que sua intenção era a de devolver a arma ao Estado em observância ao disposto no art. 32 da Lei 10.826/2003, e que não tinha ciência de que, para tanto, fosse necessária uma autorização de autoridade policial para transportá-la e entregá-la ao órgão responsável, motivo pelo qual pugna pela isenção de pena ou sua redução de 1/6 a 1/3, na forma do art. 21 do CP.

Insurge-se, ainda, quanto à negativa do MM. Juiz *a quo* de reduzir a pena aquém do mínimo legal, em razão da atenuante da confissão espontânea.

Por fim, requer seja substituída a pena substitutiva de prestação pecuniária por outra, tendo em vista que mantida foi a pena de multa pelo d. Sentenciante.

O Ministério Público apresentou contrarrazões, às f. 70/72, pugnando pela manutenção da r. sentença prolatada.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento, às f. 79/93.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, em face da presença dos requisitos que o autorizam.

Preliminares.

Não há preliminares a serem analisadas no presente recurso.

Mérito.

Ab initio, cumpre ressaltar que a materialidade do delito restou cabalmente demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (f. 02/05), pelo boletim de ocorrência (f. 06/07), pelo auto de apreensão (f. 15) e pelo laudo pericial de eficiência da arma de fogo apreendida (f. 16), asseverando que referidas páginas constam do auto do inquérito policial, em apenso.

A autoria também restou demonstrada pela própria confissão do acusado em Juízo, às f. 15/16 dos autos principais:

> [...] que são verdadeiros os fatos descritos na denúncia que lhe foi lida na íntegra; que esclarece o interrogando que aquela garrucha era antiga e pertencia ao seu avô; que, por outro lado, e perguntado por que portava, no dia dos fatos, aquela arma, respondeu o interrogando que a estava levando para a casa de seu irmão na cidade de Matozinhos, porque o seu irmão - de nome Wellington José Ribeiro - disse ao interrogando que o Estado estava recebendo as armas e pagando pela entrega e que, como em Matozinhos 'a gente conhece mais gente', talvez lá fosse mais fácil de entregar; que isso foi o que aconteceu [...].

Ademais, o fato de a arma estar desmuniciada não afasta a ocorrência do delito tipificado no art. 14 da Lei 10.826/03, que é de mera conduta, ou seja, dispensa a ocorrência de qualquer efetivo prejuízo para a sociedade.

Cumpre ressaltar que referido crime também é de perigo abstrato, significando dizer que a probabilidade de vir a ocorrer algum dano, pelo mau uso da arma, acessório ou munição, é presumido pelo tipo penal, de modo que o simples porte de arma de fogo de uso permitido é suficiente para configurá-lo, independentemente de a arma estar ou não municiada.

Lado outro, é de se ressaltar que o laudo pericial de eficiência e prestabilidade da arma de fogo apreendida, f. 16 dos autos do inquérito policial, comprova que a mesma se encontrava em estado normal de funcionamento, podendo ser utilizada com eficiência para ofender a integridade física de outrem.

Portanto, não há como prosperarem as alegações da defesa no sentido de que tal fato não representaria perigo ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Penal. *Habeas corpus*. Art. 14 da Lei 10.826/03. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Arma desmuniciada. Irrelevância. Crime de perigo abstrato. Tipicidade da conduta. Ordem denegada.
>
> 1. A segurança coletiva é o objeto jurídico imediato dos tipos penais compreendidos entre os arts. 12 e 18 da Lei

10.826/03, com os quais visa o legislador, mediatamente, proteger a vida, a integridade física, a saúde, o patrimônio, entre outros bem jurídicos fundamentais.
2. Consoante o firme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, tais crimes são de perigo abstrato, do que se conclui ser presumida a ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado, sendo típica a conduta.
3. Ordem denegada (*HC* 143.670/MG - Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima - Quinta Turma - julgado em 19.11.2009 - *DJe* de 14.12.2009).

Penal. *Habeas corpus*. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Nulidade. Não ocorrência. Arma desmuniciada. Irrelevância para a caracterização do delito. Ordem denegada.
1. A objetividade jurídica dos crimes de porte e posse de arma de fogo tipificados na Lei 10.826/03 não se restringe à incolumidade pessoal, alcançando, por certo, também, a liberdade pessoal, protegidas mediatamente pela tutela primária dos níveis da segurança coletiva, do que se conclui ser irrelevante a eficácia da arma para a configuração do tipo penal.
2. Para se configurar a tipicidade da conduta prevista no art. 14 da Lei 10.826/03, é irrelevante que a arma apreendida esteja desmuniciada, bastando que haja o porte ou a posse ilegal da arma de fogo.
3. Ordem denegada (*HC* 147.623/RJ - Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima - Quinta Turma - julgado em 09.03.2010 - *DJe* 05.04.2010).

Também nesse sentido é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

Ementa: Embargos infringentes. Porte ilegal de arma. Arma sem munição. Crime configurado. - O fato de a arma de fogo estar sem munição não torna atípica a conduta de porte ilegal de arma. (TJMG - Embargos Infringentes e de Nulidade nº 1.0024.08.994730-3/002 - 2ª Câmara Criminal - Rel. Des. José Antonino Baía Borges - *DJ* de 25.02.2010).

Ementa: Penal. Porte ilegal de arma de fogo. Art. 14 da Lei nº 10.826/03. Nulidade da sentença. Ausência de motivação. Matéria de mérito. Preliminar rejeitada. Arma desmuniciada. Atipicidade. Crime de perigo abstrato. Possibilidade de municiamento imediato. Perigo caracterizado. Condenação mantida. Fixação da pena de multa. Necessária proporcionalidade. Recurso a que se dá parcial provimento.
- Não há falar em nulidade da sentença, por ausência de motivação, se a alegação defensiva se confunde com o mérito do recurso. Preliminar rejeitada.
- O porte de arma desmuniciada configura o crime descrito no art. 14 da Lei nº 10.826/03, pois cuida-se de crime de perigo presumido, para cuja consumação basta a circulação de arma de fogo comprovadamente eficiente para a violação da segurança pública.
- A pena de multa deve guardar proporção com a privativa de liberdade.
- Recurso provido em parte (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0480.07.099338-5/001 - 2ª Câmara Criminal - Rel. Des. Hélcio Valentim - *DJ* de 04.03.2010).

Também não prospera o pleito defensivo referente ao reconhecimento da excludente de culpabilidade, consubstanciada no erro de proibição.

O agente somente deixará de ser punido, com fundamento no "erro de proibição", quando incorrer em erro inevitável ou escusável, que é aquele erro em que qualquer pessoa, considerando aqui o dito "homem médio", poderia nele incidir. O agente presume, erroneamente, devido às circunstâncias que envolvem os fatos, que a sua conduta é lícita, é permitida.

No presente caso, não se verifica a ocorrência de "erro de proibição", uma vez que não soa razoável que o recorrente pudesse crer que o porte de arma de fogo, sem a devida autorização legal, fosse admitido. Ora, é notório que a conduta de portar ilegalmente arma de fogo configura crime.

Tanto o acusado sabia da ilicitude de sua conduta que informou que a arma seria entregue ao Estado, mediante recebimento de um valor, conforme amplamente difundido, à época, pela mídia, sendo certo, também, que a necessidade da autorização para transporte da arma até sua efetiva entrega também fora divulgada, não havendo de se falar, pois, em isenção de pena ou sua redução, como almeja.

Também não assiste razão ao recorrente quanto ao pleito de redução da pena para aquém do mínimo legal, em virtude da atenuante da confissão espontânea.

Na segunda fase da fixação da pena, o julgador não pode ultrapassar os balizamentos abstratamente cominados pelo legislador, de forma que eventual presença de agravante ou atenuante não enseja a aplicação de uma pena além do máximo nem aquém do mínimo legal.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já sumulou a matéria:

Súmula 231 - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Esse também é o entendimento pacificado pelo Grupo de Câmaras Criminais deste egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Súmula 42 - Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado.

Por fim, não assiste razão ao apelante quanto ao pedido de substituição da pena de prestação pecuniária por outra, em virtude da cominação cumulativa da pena de multa, porque referidas penas têm natureza diversa.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Penal. Falsificação de documento público e uso de documento falso. Condenação superior a dois anos. Substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e

prestação pecuniária. Pena de multa. Cumulação. Possibilidade.
1. A pena de multa e a prestação pecuniária possuem naturezas jurídicas diversas, logo não há impeditivo legal para que haja condenação, como *in casu*, consistente em prestação pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade cumulada com a pena de multa, determinada pelo tipo penal. Precedentes.
2. Ordem denegada (*HC* 88.826/DF - Rel.ª Ministra Laurita Vaz - Quinta Turma - julgado em 16.04.2009 - *DJe* de 11.05.2009).

Ementa: Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo. Art. 14 da Lei nº 10.826/03. Conduta não abarcada pela *abolitio criminis* temporária. Tipicidade. Condenação mantida. Pena pecuniária substitutiva. Reprimenda que não se confunde com a pena de multa abstratamente prevista para o tipo penal. Recurso não provido.
- A conduta de 'possuir' arma de fogo refere-se à sua guarda no interior da residência ou do trabalho do próprio agente, enquanto a de 'portar', por sua vez, ocorre quando a arma é levada para fora desses ambientes.
- A descriminalização prevista nos arts. 30 a 32 do Estatuto do Desarmamento, que diz respeito aos 'possuidores e proprietários de armas de fogo', tornou atípica somente a figura da posse irregular de arma de fogo.
- A pena de multa, abstratamente prevista para o tipo penal do art. 14 da Lei nº 10.826/03, não se confunde com a prestação pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade. Tais reprimendas possuem natureza diversa, inexistindo óbice legal à sua cumulação, tampouco à fixação da prestação pecuniária em *quantum* superior à soma dos dias-multa aplicados ao tipo (Apelação Criminal nº 1.0388.07.016303-4/001 - 1ª Câmara Criminal - Rel. Des. Alberto Deodato - *DJ* de 1º.06.2010).

Assim, a sentença há de ser mantida.
Dispositivo.
Isso posto, nego provimento ao recurso.
Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES e BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...

Injúria e difamação - Atipicidade de conduta - Subsunção aos tipos penais - Não ocorrência - *Animus diffamandi* e *animus injuriandi* - Ausência - Rejeição da queixa-crime

Ementa: Recurso em sentido estrito. Difamação e injúria. Conduta atípica. Falta de justa causa. Denúncia rejeitada. Decisão mantida.

- Se a conduta imputada ao querelado não evidencia a intenção de macular a imagem da querelante (*animus diffamandi*), tampouco de ferir sua autoimagem (*animus injuriandi*), torna-se inviável dar ensejo à instauração de processo pela suposta prática dos crimes de difamação e injúria, tornando-se imperiosa a rejeição da denúncia por falta de justa causa.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0024.08.-845134-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Recorrente: Paula Ferreira de Almeida Marzano - Recorrido: Carlos Henrique Macedo - 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 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, 1º de março de 2011. - *Júlio César Lorens* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - 1 - Relatório.

Perante o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG, Paula Ferreira de Almeida Marzano ofereceu queixa-crime em desfavor de Carlos Henrique Macedo, pela suposta prática dos delitos capitulados nos arts. 139 e 140, ambos do Código Penal.

Aduz a querelante, em apertada síntese, que o querelado afirmou que ela e a síndica do prédio teriam "adotado atitudes estranhas à atividade inerente à administração do condomínio, fugindo aos preceitos legais", ofendendo sua honra perante os outros condôminos, bem como seu decoro e dignidade.

Às f. 59/64, a MM. Juíza declinou da competência, determinando a remessa dos autos à Justiça Comum, tendo em vista que as penas cominadas aos crimes em comento, quando somadas, ultrapassam o patamar de 2 (dois) anos.

Durante a audiência para tentativa de conciliação entre as partes, o MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Criminal desta Capital, acolhendo o parecer ministerial de f. 58, rejeitou a queixa-crime, sob o fundamento de que a conduta imputada ao querelado era atípica (f. 74/75).

Contra referida decisão insurge-se a querelante, requerendo sua reforma e, com o recebimento da denúncia, a tramitação regular do feito (f. 77/90).

Em sede de juízo de retratação, a decisão hostilizada foi mantida (f. 93).

No parecer recursal de f. 94/108, o *Parquet* opinou pela manutenção da decisão que rejeitou a queixa-crime e pela condenação da querelante nas custas processuais.

Em suas contrarrazões, pugnou o querelado pelo desprovimento do recurso aviado (f. 127/133), tendo a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinado no mesmo sentido (f. 141/150).

É o relatório.

2 - Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, deferindo, desde já, os benefícios da assistência judiciária requeridos à f. 13 e reiterados à f. 77.

3 - Fundamentação.

Ab initio, cumpre-me rechaçar a preliminar arguida pela Procuradora de Justiça, segundo a qual os autos deveriam retornar ao Juízo singular com a finalidade de ver exercido o juízo de retratação.

Entretanto, constato ser equivocado tal pedido, haja vista que a decisão recorrida foi mantida pelo Magistrado singular à f. 93. Portanto, inexiste motivo para remessa dos autos à comarca de origem.

Quanto ao mérito, não obstante os argumentos esposados pela querelante, estou convencido de que a decisão *a quo* não merece qualquer reparo.

Conquanto a recorrente tenha se sentido "ultrajada pelo recorrido e quedou-se indignada diante de tamanha leviandade" (f. 85), não vislumbro a ocorrência de ilícito penal no comportamento daquele.

Nesse ponto, mister colacionar o trecho da petição inicial da ação de regularização de condomínio instaurado pelo recorrido em desfavor da recorrente, que foi apontado como cerne da ofensa à reputação e dignidade da querelante.

> Há muito tempo o condomínio vem adotando atitudes estranhas à atividade inerente à administração de condomínio, fugindo aos preceitos legais e unilateralmente, por via de reunião fechada entre a síndica e a moradora do apartamento 101, a advogada Paula Ferreira de Almeida Marzano, as decisões são tomadas e, a posterior, comunicadas ao requerente, por via de mera correspondência e ou verbalmente (f. 16).

De fato, a conduta descrita na inicial acusatória não se subsume aos tipos descritos nos arts. 139 e 140, ambos do CP, os quais dispõem, *in verbis*:

> Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
> Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Como é cediço, o primeiro dispositivo possui como objeto de proteção a reputação da pessoa perante terceiros enquanto que o segundo visa proteger a autoestima do ofendido.

Ora, tanto na difamação quanto na injúria, não é qualquer fato inconveniente ou negativo que pode ser considerado como ensejador da ação punitiva estatal.

In casu, percebo que não restou evidenciada a intenção de macular a imagem da querelante (*animus diffamandi*), tampouco de ferir sua autoimagem (*animus injuriandi*), de forma que é inviável dar ensejo à instauração de processo pela suposta prática de difamação e injúria.

Pelo contrário. Os fatos narrados pelo recorrido na ação por ele interposta não representaram qualquer ofensa à reputação ou dignidade da recorrente. Ainda que esta tenha se sentido ultrajada, a expressão que causou sua revolta somente pode ser considerada, quando muito, uma opinião equivocada do acusado em relação ao comportamento da querelante, podendo esta, na esfera civil, esclarecer os fatos e demonstrar, no que lhe couber, a lisura dos procedimentos adotados no condomínio.

Dessarte, não tendo a inicial acusatória logrado êxito em demonstrar que a conduta atribuída ao recorrido se subsume a algum tipo penal, há de ser reconhecida a ausência de justa causa para o exercício da ação penal.

A propósito, este é o entendimento deste Tribunal, senão vejamos:

> Recurso em sentido estrito. Rejeição liminar de queixa-crime. Falta de justa causa. Crimes de calúnia, difamação e injúria. Ausência de imputação de fato criminoso ou infamante. Não verificação de insulto. Decisão mantida. - Não se vislumbra a prática dos crimes de calúnia e difamação, se ausente imputação de fato que constitua crime ou de conduta infamante. - A inexistência de insulto ou imputação de característica depreciativa impede a configuração do crime de injúria (TJMG, Ap. Crim. 1.0024.09.7416952-3/001, Rel. Nelson Missias de Morais, j. em 08.07.10).

Em situação semelhante, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> Penal e processual penal - Contra a honra - Injúria: Tipicidade objetiva e elemento subjetivo específico ausentes - Difamação: inadequação dos tipos objetivo e subjetivo - *Animus diffamandi*: inexistência. 1. A tipicidade dos delitos de difamação e injúria exige a avaliação do contexto fático probatório quanto ao tempo e lugar de ocorrência dos fatos e as peculiaridades pessoais de cada acusado. 2. A injúria exige para a sua configuração *animus injuriandi*. 3. A difamação exige imputação de fato desabonador determinado, lançado com o propósito deliberado de atingir a reputação da vítima. 4. Hipótese em que o texto publicado pela associação de classe não teve o condão de ofender a honra objetiva do querelante, visando apenas dar apoio institucional ao magistrado e reprovar ofensa contra ele assacada. Ausência de *animus diffamandi*. 5. Atipicidade de conduta que leva à rejeição da queixa-crime por ausência de justa

causa (art. 396, III, do Código de Processo Penal). 6. Queixa-crime rejeitada (STJ, Ação Penal 568/AL, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, j. em 12.11.09).

4 - Dispositivo.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, para, com fulcro no art. 395, III, do CPP, manter inalterada a r. decisão que rejeitou a denúncia.

Custas, *ex legis*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA e FURTADO DE MENDONÇA.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Execução penal - Falta grave - Art. 50, VII, da Lei 7.210/84, incluído pela Lei 11.466/2007 - Posse de aparelho de telefonia celular no ambiente prisional - Prova - Ausência de utilização - Falta do *chip* - Desimportância - Suficiência da posse

Ementa: Agravo em execução. Posse de telefone celular no interior da cela prisional. Previsão do art. 50, VII, da LEP. Prescindibilidade de perícia do aparelho e/ou apreensão do chip. Recurso defensivo não provido.

- Presentes provas suficientes sobre a posse voluntária de um telefone celular pelo agravante em sua cela, há de ser mantida a respectiva falta grave contra ele reconhecida em 1ª Instância (com os respectivos reflexos legais), sendo prescindível, outrossim, a perícia do aparelho e/ou a apreensão concomitante do chip, uma vez que evidente que nenhum recluso manteria um aparelho de telefonia celular no interior de sua cela se este não estivesse apto a permitir a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Recurso não provido.

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0079.09.970-221-3/001 - Comarca de Contagem - Agravante: Elias Martins Neto Fernandes - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de fevereiro de 2011. - *Eduardo Brum* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDUARDO BRUM - Perante o Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Contagem, o reeducando Elias Martins Neto Fernandes interpôs recurso em face da r. decisão de f. 35/37, que reconheceu o cometimento da falta grave prevista no art. 50, VII, da LEP, e determinou o seu registro "para todos os efeitos legais, inclusive contagem de futuros benefícios a partir do cometimento da última falta (01.12.2008)", bem como declarando "a perda dos dias trabalhados/remidos anteriores à data referida".

Em suas razões recursais (f. 03/09), quer a desconsideração da falta grave, ao argumento de que o aparelho de telefonia celular não lhe pertencia. Aduz, outrossim, que

> [...] o aparelho celular foi apreendido sem chip. Verifica-se, ainda, que não foi realizada perícia no aparelho telefônico. É evidente que tal objeto não permite a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Agravo contrariado às f. 41/44.

Em juízo de retratação/sustentação, a r. decisão impugnada foi mantida (f. 46/48).

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do agravo (f. 67/72).

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

No vertente caso, é indubitável que o agravante é o autor da falta grave em questão.

Em suas declarações de f. 15, Elias assumiu que era

> [...] dono do aparelho celular e de um dos carregadores; que achou o aparelho celular quando estava varrendo a cela, há mais ou menos uns quarenta e dois dias; que ia dar um jeito de conseguir um chip [...].

Perante o Conselho Disciplinar do Presídio de João Monlevade, o agravante ratificou a sua confissão de posse do aparelho de telefonia celular no interior da unidade prisional. Confira-se: "[...] respondeu que é dono do celular, porém não fez uso dele; que achou o aparelho e ficou com ele porque não tinha dono [...]" (f. 11). Na ocasião, em sua manifestação, a il. Defensora Pública não negou que o recuperando tinha a posse do aparelho dentro do cárcere, apenas questionou a propriedade, já que Elias teria encontrado acidentalmente tal instrumento de comunicação.

Posteriormente, na audiência de justificação, o agravante buscou retratar sua autoincriminação extraju-

dicial, dizendo que "[...] assumiu a posse do material apenas para aliviar para seus companheiros de cela poderem continuar recebendo visitas [...]" (f. 29).

No entanto, Elias não apresentou quaisquer provas para corroborar essa autodefesa de ausência de vontade. E mais. Saliento que, na ata do conselho disciplinar, a il. Defensora Pública nada argumentou sobre o acusado ter assumido a responsabilidade da falta grave para proteger os interesses de seus colegas de cela prisional. Assim, a retratação judicial é vazia e está divorciada do arcabouço probatório.

Desse modo, com a simples posse voluntária do telefone celular no interior de sua cela prisional, o sentenciado demonstrou completo descaso com as regras impostas ao regime de cumprimento da penalidade a ele imposta.

Banda outra, quanto à falta de chip no aparelho de telefonia e à ausência de perícia, destaco que não são necessários para a comprovação da falta grave, já que a LEP considera infração disciplinar grave a mera posse do telefone que permita comunicação. Ou seja, que o aparelho possa ser usado para ilegalmente promover conversações telefônicas ou outras formas de comunicação, quando for da vontade ilícita do reeducando.

A toda evidência, a lei não cuida de celular que efetive realmente chamadas telefônicas ou as receba, bem como mensagens de texto diversas.

Esse, inclusive, é o posicionamento do augusto Superior Tribunal de Justiça e deste eg. TJMG:

> Recurso especial. Execução penal. Falta grave. Posse de aparelho celular sem chip. Conduta praticada após a entrada em vigor da Lei nº 11.466, de 29 de março de 2007.
> 1. A posse de aparelho celular sem chip configura falta disciplinar de natureza grave, já que basta a inserção do circuito eletrônico miniaturizado para o funcionamento do telefone portátil.
> 2. Com a edição da Lei nº 11.466, de 29 de março de 2007, passou-se a considerar falta grave tanto a posse de aparelho celular, como a de seus componentes, tendo em vista que a *ratio essendi* da norma é proibir a comunicação entre os presos ou destes com o meio externo.
> 3. Recurso conhecido e provido (STJ - *HC* 154356/SP - Quinta Turma - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - j. 21.09.2010 - *Dje* de 18.10.2010).

> Agravo em execução penal. Falta grave. Posse de aparelho celular. Autoria e materialidade comprovadas. Recurso desprovido.
> 1. O fato de o aparelho celular encontrado na cela do detento não estar com chip de forma alguma obsta o reconhecimento da transgressão disciplinar inserta no art. 50, VII, da LEP, senão, bastaria espalhar os acessórios do aparelho para se burlarem as medidas disciplinares da Lei de Execução Penal.
> 2. Comprovado o cometimento de falta grave pelo recorrente (art. 50, VI, da LEP), é de rigor a manutenção da r. decisão fustigada (TJMG - Ag. 1.0079.08.426884-0/001 - 5ª Câmara Criminal - Rel. Des. Eduardo Machado - j. 31.08.2010 - *DJe* de 22.09.2010).

> Agravo em execução. Posse de telefone celular no interior do estabelecimento prisional. Falta grave. Ausência de justificativa plausível. Decisão mantida.
> - Nos termos do art. 50, VII, da LEP, comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, sendo irrelevante qualquer discussão sobre a propriedade do objeto.
> - O fato de o aparelho celular apreendido na posse do condenado não ter sido periciado e não possuir chip no momento em que foi apreendido, não obsta o reconhecimento da falta grave, pois é evidente que nenhum recluso manteria um celular no interior de sua cela se este não estivesse apto para receber e realizar chamadas (TJMG - Ag. 1.0000.09.511141-5/001 - 1ª Câmara Criminal - Rel. Des. Alberto Deodato Neto - j. 23.02.2010 - *DJe* de 16.04.2010).

Ademais, caberia à il. Defensora Pública comprovar a alegação de que o telefone celular não permitiria a comunicação com outros presos ou com o ambiente exterior.

No caso dos autos, portanto, a r. decisão agravada está tecnicamente correta, pois, não apresentando o condenado justificativa plausível para o cometimento da falta grave do inciso VII do art. 50 da LEP, não há que se falar em não comprovação desta.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ e DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Incêndio - Desclassificação - Dano - Participação de menor importância - Majorantes - Casa habitada - Depósito de combustível - Multa - Indenização - Custas - Isenção

Ementa: Apelação criminal. Causar incêndio. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Suficiência probatória. Desclassificação para o delito de dano. Impossibilidade. Redução da pena. Aplicação da pena em grau mínimo. Incabível. Reconhecimento da confissão espontânea. Impossibilidade. Agente não confesso. Participação de menor importância. Inaplicabilidade. Decote das majorantes por causar incêndio em casa habitada e em depósito de combustível. Impossibilidade. Conhecimento de lugar habitado. Cômodo localizado nas adjacências de posto de combustível próximo às bombas de abastecimento. Pena de multa. Redução.

Correspondência com a reprimenda corporal. Possibilidade. Indenização. *Quantum* exacerbado. Redução que se impõe. Isenção de custas. Inaplicabilidade. Consequência da condenação. Recurso parcialmente provido.

- O conjunto probatório demonstra inequivocamente o crime de incêndio, que ocorre quando o agente, dolosamente, coloca em risco a vida, a integridade física e o patrimônio de outrem, concretizando situação de perigo comum.

- Apresentando riscos à incolumidade pública, perigo concreto à vida, à integridade física e ao patrimônio de outrem, impossível a desclassificação para o delito de dano.

- Não há como reduzir a pena-base quando fixada no mínimo legal.

- Impossível reconhecer a atenuante da confissão espontânea se o agente não confessa o delito em nenhuma das fases da investigação.

- O autor que tem pleno conhecimento da ação delituosa e age em unidade de vontades com o comparsa deve ser considerado coautor do delito.

- Configurada está a majorante prevista na alínea *a* do inciso II do art. 250 do CP *in casu*, pois o agente tinha consciência de que o local do incêndio era habitado.

- Sendo o incêndio causado em cômodo localizado nas adjacências de posto de gasolina, próximo às bombas de abastecimento, é de rigor o aumento de um terço previsto no art. 250, § 1°, II, alínea *f*, do CP.

- A pena de multa deve guardar correspondência com a pena privativa de liberdade fixada, sendo de rigor a sua redução.

- A fixação da indenização deve atender aos prejuízos sofridos pela vítima, mas não deve ser fixado em patamar exagerado, sob pena de frustrar sua liquidação.

- O pagamento das custas processuais constitui consequência da condenação, podendo, todavia, ficar sobrestado pelo prazo de cinco anos, se assim o entender o MM. Juiz da Execução.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0453.04.002836-8/001 - Comarca de Novo Cruzeiro - Apelante: Romerito Rocha de Jesus - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Abílio Luiz Neto - 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 fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER EM PARTE O RECURSO E, DE OFÍCIO, REDUZIR A PENA DE MULTA. VENCIDO, PARCIALMENTE, O REVISOR.

Belo Horizonte, 29 de março de 2011. - *Furtado de Mendonça* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FURTADO DE MENDONÇA - Trata-se de apelação interposta por Romerito Rocha de Jesus, inconformado com a r. sentença de f. 135/146, que o condenou como incurso nas sanções do art. 250, § 1°, inciso II, alíneas *a* e *f* do Código Penal brasileiro, às penas definitivas de 04 (quatro) anos de reclusão, regime aberto, e 48 (quarenta e oito) dias-multa, no patamar unitário mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

O mesmo r. *decisum* condenou o corréu Abílio Luiz Neto pela prática do delito previsto no art. 250, § 1°, inciso II, alíneas *a* e *f* do CP, às penas definitivas de 04 anos de reclusão e 48 dias-multa. A pena corporal foi substituída por duas restritivas de direitos.

Narra a exordial acusatória que, por volta da meia-noite do dia 19 de outubro de 2002, no Posto Novo Cruzeiro, localizado na Rua Joaquim Pereira, n° 488, o apelante e o denunciado Abílio Luiz Neto, agindo com identidade de desígnios, causaram incêndio em um cômodo utilizado para a residência da vítima, expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio de Domingos Gonçalves.

Com efeito, o apelante Romerito Rocha de Jesus adquiriu, no posto citado, dois litros de gasolina, e, em companhia de Abílio Luiz Neto, utilizando-se do combustível, ateou fogo ao quarto em que residia a vítima, localizado no mesmo local, do lado do escritório, onde ficam guardados vários litros de óleo, e nas proximidades das bombas de combustível.

Relata, ainda, a denúncia que, em consequência do incêndio causado na residência da vítima, foram destruídos colchão, cobertor e todas as suas roupas, além de outros objetos. E que, por sorte, a vítima não se encontrava no quarto no momento do crime, já que fora avisado por funcionários do posto.

Intimações regulares, f. 149v., 150, 155/156 e 180v.

Pleiteia o apelante, em síntese, f. 173/177, preliminarmente, a desclassificação para o crime de dano,

previsto no art. 163 do CP. No mérito, pretende a absolvição, o decote das majorantes - provocar incêndio em casa habitada ou destinada à habitação e em depósito de explosivo, combustível ou inflamável -, a aplicação da pena em seu mínimo legal, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e a redução da indenização à vítima.

Por fim, impreca a isenção do pagamento das custas processuais, uma vez que o apelante é pobre no sentido legal, sem condições de arcar com tais ônus.

Contrarrazões apresentadas, f. 183/186, em que o *Parquet* pugna pelo desprovimento do recurso e manutenção da r. sentença condenatória em face da suficiência do conjunto probatório.

O d. Procurador de Justiça Geraldo Flávio Vasques, f. 196/214, pugna pelo provimento parcial do recurso, tão somente para que a pena de multa, em proporção com a pena privativa de liberdade, seja fixada no mínimo legal, porém, aumentada em 1/3 na terceira fase de fixação da pena.

É o relatório.

Conheço do recurso interposto, pois presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade e processamento.

Prima facie, deixo consignado que a desclassificação para o delito de dano previsto no art. 163 do CP, pretendida preliminarmente pela d. Defesa, não é prejudicial a qualquer outra questão, tratando-se de questão concernente ao mérito, como passo a analisar.

A absolvição reclamada não deve prosperar, *data venia*.

A materialidade encontra-se devidamente comprovada pelo APFD, f. 05/08, pelo boletim de ocorrência de f. 06/07 e pelo laudo pericial de f. 37/38, tudo em sintonia com as provas carreadas aos autos.

Da mesma forma, em que pese a negativa do réu, a autoria quedou-se induvidosa, conforme se vê do manancial probatório produzido.

Em expediente corriqueiro, constato que o apelante nega ter causado incêndio no cômodo em que residia a vítima Domingos Gonçalves, alegando que "[...] foi o interrogado quem comprou o combustível, mas não estava presente na hora em que colocaram fogo na residência, nem mesmo sabendo se foi o outro acusado Abílio [...]" (f. 36/37).

Entretanto, essa versão não condiz com a realidade.

Em sede penal, não impressiona a negativa do fato - esse procedimento é a regra entre os acusados -, até porque prova confessional não é prova exclusiva.

A vítima afirmou que estava sendo ameaçada pelo corréu Abílio Luiz Neto, sobrinho do apelante, por ter sido testemunha em um processo em que ele era acusado de furto, tendo inclusive chegado às vias de fato:

> [...] que cerca de quinze dias antes dos fatos narrados na denúncia, teve um desentendimento sério com o acusado Buru [...]; que o acusado Buru acreditava ter sido o declarante quem o delatou a respeito de um furto num caminhão, no posto; que passou a receber alguns recados do acusado Buru, de que iria pegá-lo na rua; encontrou-se certa feita com o acusado Buru em um comício, sendo que ele foi tirar satisfações com o declarante, inclusive com luta corporal [...] (f. 89).

Avisado de que os dois acusados e ''Ju'' estavam nas imediações do quarto, foi verificar e percebeu que o quarto estava pegando fogo:

> [...] que Lauro mandava o declarante para o quarto dormir, no intuito de evitar confusão; que isto inclusive aconteceu no dia dos fatos, porém acredita que teve sorte, já que não foi para o quarto dormir, e sim para os fundos da churrascaria anexa ao posto; que o frentista Valdeci foi avisar Lauro de que os dois acusados e 'Ju' estavam nas imediações do quarto onde dormia o declarante, e, quando Lauro foi verificar, o lugar já estava pegando fogo [...] (f. 89).

A testemunha Valdeci Rodrigues Lopes reconheceu os acusados como sendo as pessoas para quem vendeu gasolina e afirmou tê-los visto passando perto da porta do quarto da vítima:

> [...] que reconhece os acusados, aqui presentes, como sendo as pessoas para as quais vendeu gasolina, e que estavam acompanhados de uma terceira pessoa a que se referiu, acreditando tratar-se de 'Ju' [...]; que Lauro Mendes Figueiró é o ex-dono do posto [...]; que, de fato, Lauro ficou desconfiado dos acusados; que, em dado momento, viu os acusados passando perto da porta do quarto onde Domingão dorme [...] (f. 90).

E, ainda, a testemunha Lauro Mendes Figueiró presenciou os fatos e viu os três indivíduos correndo após atearem fogo no quarto da vítima:

> [...] que ontem, por volta das vinte e três horas, estava em seu restaurante, quando chegaram os indivíduos conhecidos por Romerito e 'Ju' [...]; Romerito se despediu e saiu acompanhado por 'Ju'; que um de seus funcionários informou que aqueles indivíduos estavam querendo 'pegar' Domingão [...]; que o depoente, tentando evitar qualquer problema em seu estabelecimento, mandou Domingão ficar escondido na cozinha do restaurante; que Romerito e 'Ju' não viram que Domingão estava escondido lá; que Romerito, depois, pediu a outro funcionário do restaurante um galão emprestado, pois estava precisando comprar alguns litros de gasolina [...]; que, passados alguns minutos, Valdeci, frentista do posto, informou para o depoente que Romerito e seu sobrinho Buru estavam na porta do quarto de Domingão; que, segundo Valdeci, Buru estava forçando a porta e Romerito esperava com uma faca na mão; que, então, o depoente se dirigiu até o local e já encontrou o quarto em chamas; que viu três indivíduos correndo, Romerito, Buru e 'Ju' [...] (f. 05/06).

Não bastasse isso, o corréu Abílio Luiz Neto, sobrinho do apelante, confessou, na fase extrajudicial,

ter causado o incêndio no quarto de Domingos na companhia de seu tio e de ''Ju'':

> [...] que foi assim, por causa da agressão sofrida por parte de Domingão, que o declarante resolveu lhe dar um susto; que solicitou que Romerito comprasse gasolina para que fosse colocado fogo no cômodo onde a vítima morava; que, como nenhum dos três tem veículo e naquele dia nenhum estava com carro, ao ser adquirida a gasolina, ele deveria saber para que se destinava; que entregou a gasolina para 'Ju', e ele disse que se encarregaria de fazer o serviço; que assim foi, 'Ju' foi quem espalhou gasolina e colocou fogo; que Romerito tinha saído, mas o declarante viu quando 'Ju' colocou fogo no cômodo [...] (f. 16).

Apesar de ter-se retratado em juízo, a confissão extrajudicial, condizente com os elementos e circunstâncias dos autos, prepondera sobre a retratação em juízo, uma vez que despida de mínima consistência jurídico-probatória.

Nesse contexto, as evasivas do apelante revelam-se álibi ardiloso e inverossímil.

Dessarte, a meu sentir, a prova é robusta quanto à prática do fato criminoso atribuído ao apelante, não podendo prosperar a pretendida absolvição.

Melhor sorte não assiste à d. Defesa quando pretende a desclassificação para o delito de dano.

Como nos ensina Cezar Roberto Bitencourt:

> [...] O tipo penal previsto no art. 250 do CP pressupõe a exposição a perigo comum, sendo a incolumidade pública o bem jurídico tutelado pela norma. Tendo sido o crime praticado em local ermo, afastado de outras casas, e não apresentando riscos à incolumidade pública, não ocorre delito de incêndio, mas de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, II) Sem a existência de perigo para a vida, a integridade física ou patrimônio de outrem, não se configura o crime de incêndio (BITENCOURT, César Roberto. *Manual de direito penal*. Parte especial, São Paulo: Saraiva, v. 4, p. 131).

Ora, o incêndio foi causado em instalações de um posto de gasolina, apenas não tendo tido maiores proporções por ter sido rapidamente detectado pela vítima e pelas testemunhas.

Ademais, de acordo com o laudo pericial: ''Em virtude do incêndio ali ocorrido, verificou-se a danificação total do colchão e cobertor ali existente, como também destruição das roupas e outros pertences da vítima'' (f. 37/38).

Provado ficou que o acusado, juntamente com os corréus, causou incêndio expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio da vítima, amoldando-se, dessa forma, de modo indelével nas iras do art. 250, § 1°, inciso II, alíneas *a* e *f*, do CP.

Lado outro, ao contrário do alegado pela d. Defesa, tenho que o il. Magistrado sentenciante considerou todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, tendo, inclusive, fixado a pena no mínimo legal.

Quanto à atenuante da confissão espontânea, não há como reconhecê-la, visto que o acusado admitiu ter comprado o combustível, alegando que seria para o carro de seu sobrinho, apenas como um álibi, pretendendo se esquivar de provável condenação, não tendo, portanto, confessado a autoria do delito.

Ademais, a pena foi fixada no mínimo legal, não tendo as atenuantes, caso reconhecidas, o condão de reduzir a pena aquém desse patamar.

Atinente à tese de participação de menor importância suscitada pelo apelante, melhor guarida não pode ter.

Extrai-se da lição de Welzel que

> a coautoria é autoria; sua particularidade consiste em que o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas. Coautor é quem, possuindo as qualidades pessoais de autor, é portador da decisão comum a respeito do fato e, em virtude disso, toma parte na execução do delito (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p.129).

Portanto, a participação de menor importância refere-se a uma contribuição ínfima, que, comparada com a conduta praticada pelo autor ou coautor, se mostra insignificante, ou seja, quando a instigação, o induzimento ou o auxílio não forem determinantes para a realização do delito.

Ressalte-se que somente é possível aplicar essa causa de diminuição de pena ao partícipe, não alcançando o coautor. Não se cogita, portanto, a existência de uma "coautoria de menor importância", uma vez que o coautor executa a conduta típica.

O apelante contribuiu conscientemente e ativamente para o sucesso da empreitada criminosa, praticando atos de execução, comprando o combustível, vigiando enquanto seus comparsas abriam a porta do quarto da vítima para atear fogo, perpetrando o crime em coautoria.

Lado outro, desnecessário se faz que todos os coautores efetuem todos os atos descritos no núcleo do tipo, sendo suficiente a prática de atos de execução do crime, além da adesão do plano criminoso.

Comungando com esse entendimento, também já decidiu este egrégio Tribunal:

> Furto qualificado. Autoria e materialidade comprovadas. Confissão espontânea. Delação do co-réu. Palavra da vítima e testemunhas. Absolvição. Impossibilidade. Participação de menor importância. Inadmissibilidade. Princípio da insignificância. Falta de previsão legal. Isenção de custas devida. Réu amparado por Defensor Público. Erro material. Trânsito em julgado para acusação. Impossibilidade de correção para agravar situação do acusado. Recurso parcialmente provido. Não se pode falar em absolvição em virtude da não comprovação da autoria quando as provas ensejam certeza de que foi o apelante quem cometeu o crime. A confissão espontânea do réu, em harmonia com as demais provas produzidas nos autos, comprova, suficientemente, a

autoria no delito. A participação de menor importância, causa redutora da reprimenda, somente tem aplicação quando, efetivamente, evidenciada a contribuição insignificante ou mínima do partícipe na realização do intento delituoso. Se os agentes atuaram regidos pelo princípio da divisão de tarefas, caracterizando a co-autoria, em que cada um tem sua parcela de atuação, para perfeita execução do delito e total domínio do fato, impossível o reconhecimento da participação de menor importância, prevista no art. 29, § 1°, do Código Penal [...]. Súmula - Deram provimento parcial (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.01.094418-9/001 - Relator: Des. Pedro Vergara - Publicação: 28.04.2007).

Não há também como afastar as majorantes previstas nas alíneas *a* e *f* do inciso II do art. 250 do CP.

Infere-se dos autos que o incêndio foi causado em um cômodo em que residia a vítima, configurando a qualificadora prevista na alínea *a* do inciso II do art. 250 do CP, já que ''[...] basta que o agente saiba ser a casa destinada à habitação, sendo desnecessária a presença de pessoas dentro dela [...]'' (BITENCOURT, César Roberto. *Manual de direito penal*. Parte especial, São Paulo: Saraiva, v. 4, p. 132).

É patente o dolo do apelante em causar incêndio no lugar em que residia a vítima Domingos Gonçalves com o intuito de assustá-la, como afirmado pelo corréu Abílio em trecho transcrito anteriormente.

Nesse viés:

Incêndio. Imóvel habitado. Dolo caracterizado. Condenação mantida. Evidenciado nos autos que o incêndio foi provocado conscientemente pelo acusado no imóvel que habitava com a sua companheira, colocando em risco a incolumidade física desta e a dos seus vizinhos, resultam presentes os elementos que compõem o tipo capitulado no art. 250, § 1°, II, *a*, do CP, a determinar a responsabilização penal do acusado, a tanto, conforme realizado com acerto na sentença recorrida (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.08.229140-2/001 - Relator: Des. Delmival de Almeida Campos - Publicação: 09.07.2010).

E ainda, o quarto em que a vítima morava era localizado nas adjacências do posto de gasolina, ao lado do escritório do posto, próximo às bombas de abastecimento, sendo de rigor o aumento de um terço previsto no art. 250, § 1°, II, alínea *f*, do CP.

Lado outro, como bem asseverado pelo d. Procurador de Justiça, apesar de ter acertado a decisão primeva no que se refere ao *quantum* estabelecido para cumprimento da reprimenda corporal, penso que a pena de multa merece reparo, visto que fora fixada de forma desproporcional, não guardando correspondência com a pena privativa de liberdade aplicada, fixada no mínimo legal.

Assim, de ofício, procedo ao redimensionamento da pena de multa, reduzindo-a de 36 dias-multa para 10 dias-multa, e, em face da incidência das majorantes previstas no art. 250, § 1°, II, alíneas *a* e *f*, do CP, concretizo-a em 13 dias-multa.

De outra senda, tenho que a condenação à reparação de danos fixada no *decisum a quo* também merece reparo.

O art. 387, inciso IV, do CPP autoriza o juiz a fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Por conseguinte, se durante a persecução penal, em análise do próprio mérito, for possível discutir os prejuízos sofridos, e assim produzir defesa a esse respeito, ainda que não houver pedido expressamente formulado pela acusação, poder-se-á fixar o valor do dano.

In casu, a vítima afirmou ''[...] que seu prejuízo ultrapassa quinhentos reais [...]'' (f. 15), e o il. Magistrado *a quo* fixou a indenização no patamar de R$5.000,00 (cinco mil reais).

Rogando vênias ao Juiz primevo, tenho que laborou em equívoco, fixando a indenização bem acima dos prejuízos sofridos pela vítima. Posto isso, tenho por bem em reduzir a indenização para R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), levando em consideração, além dos pertences da vítima destruídos, o valor necessário para a restauração do local atingido pelo incêndio.

Finalmente, quanto ao pedido de isenção do pagamento das custas processuais, entendo que, ainda que o apelante seja pobre no sentido legal e mesmo quando assistido pela il. Defensoria Pública deste Estado, incabível a isenção, já que o pagamento constitui consequência da condenação. Todavia, poderá, caso assim entenda o d. Juízo da Execução, ficar sobrestado pelo prazo de cinco anos, quando a obrigação estará prescrita, conforme determina o art. 12 da Lei 1.060/50.

No mais, mantenho a decisão hostilizada.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao apelo para reduzir o valor da indenização de reparação de danos e, de ofício, reduzo a pena de multa, mantendo no mais a r. sentença objurgada.

DES. CATTA PRETA - A partir da leitura do voto proferido pelo nobre colega Desembargador Relator dos autos, ressalta-se a adoção do mesmo entendimento quanto ao resultado do julgamento proferido, dele divergindo, com a devida vênia, tão somente na parte em que indeferiu ao réu a isenção das custas judiciais.

Dos autos, verifica-se que o Juiz da instrução nomeou defensor para o acusado Romerito Rocha de Jesus, o Dr. Élson Ramos da Cruz, à f. 166.

O art. 805 do Código de Processo Penal dispõe que as custas serão cobradas de acordo com os regulamentos expedidos pela União e pelos Estados.

Por sua vez, o Estado de Minas Gerais, nesse tocante, já editou a Lei 14.939/03, que, em seu art. 10, assim dispõe sobre a isenção das custas:

Art. 10. São isentos do pagamento de custas:
I - [...]

II - os que provarem insuficiência de recursos e os que forem beneficiários da assistência judiciária.

Dessa forma, por estar o apelante sendo assistido por defensor dativo, que faz as vezes da Defensoria Pública, tem ele direito aos benefícios da citada lei.

Não foi de outra forma que decidiu este Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. [...]. Acusados assistidos pela Defensoria Pública. Isenção de custas. [...] De acordo com o art. 10, II, da Lei Estadual nº 14.939/03, são isentos do pagamento de custas os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária (Apelação nº 1.0024.09.477407-2/001 - Rel. Des. Renato Martins Jacob - *DJe* de 26.08.2010).

> Ementa: Apelação criminal [...]. Isenção das custas processuais. Necessidade [...]. - Concede-se a isenção das custas processuais ao réu assistido pela Defensoria Pública (Apelação nº 1.0699.09.091986-0/001 - Rel. Des. Herbert Carneiro - *DJe* de 28.04.2010).

Diante disso, rogando a devida vênia ao entendimento manifestado pelo ilustre Desembargador Relator, acompanho o voto proferido, divergindo, apenas, para deferir o pedido de isenção das custas judiciais, por ter sido o réu assistido por defensor dativo.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - De acordo com o Relator.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE E, DE OFÍCIO, REDUZIDA A PENA DE MULTA. VENCIDO, PARCIALMENTE, O REVISOR.

...

Crime contra o meio ambiente - Pesca artesanal - Circunstâncias fáticas - Exame - Ausência de lesividade ao meio ambiente - Irrelevância do fato para a esfera penal - Atipicidade material - Reconhecimento - Princípio da insignificância - Ocorrência - Absolvição decretada

Ementa: Apelação criminal. Art. 34 da Lei 9.605/98. Crime contra a fauna. Pesca em local interditado pelo órgão ambiental. Princípio da insignificância. Absolvição.

- A pesca artesanal de 13 kg de peixe, de espécie não ameaçada de extinção, em área proibida, é irrelevante do ponto de vista jurídico-penal, impondo-se a absolvição do acusado por força do princípio da insignificância. Precedentes.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0499.07.004705-9/002 - Comarca de Perdões - Apelante: Fred de Oliveira Elói - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: Diego Mayke Martins Fagundes - 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 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.

Belo Horizonte, 31 de março de 2011. - *Renato Martins Jacob* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO MARTINS JACOB - Fred de Oliveira Elói interpõe recurso de apelação em face da respeitável sentença que o condenou nas iras do art. 34 da Lei 9.605/98, fixando a reprimenda em 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, na mínima fração legal, substituída a pena carcerária por prestação de serviços à comunidade.

Nas razões recursais de f. 227/229, a douta defesa pugna pela absolvição, alegando, em suma, que a Portaria nº 114/2003 do IEF permite a realização de pesca amadora na Usina do Funil, desde que seja utilizada somente linha de mão com anzol, sendo este o caso dos autos, e, mesmo que assim não fosse, a proibição abrangeria apenas a pesca realizada até a distância de 1.500 m da barragem, e, no caso, não foi produzida nenhuma prova de que a pesca era realizada dentro da área proibida.

Contrarrazões acostadas às f. 231/234.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 287/290, opinando pelo provimento do recurso, em razão da atipicidade material da conduta.

A denúncia foi recebida em 29.05.2007 (f. 32), e a sentença condenatória foi publicada em 17.03.2010 (f. 218). Nenhuma preliminar foi arguida, e também não vislumbro qualquer nulidade processual que possa ser reconhecida de ofício.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

O apelante foi denunciado por infração ao art. 34 da Lei 9.605/98, porque, no dia 13.04.2007, às 20h30min, na jusante da Usina do Funil, no Rio Grande, na localidade denominada Ilha das Garças, na zona rural de Perdões/MG, foi flagrado por policiais militares pescando em área proibida (arts. 1º e 3º da Portaria nº 093/2004 do IEF), valendo-se de linha, anzol e isca bo-

vina, sendo apreendidos em seu poder 14 (quatorze) quilos de pescado.

Embora por fundamentos diversos, creio que a pretensão recursal merece guarida, haja vista que, como bem observado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, creio que o caso reclama a incidência do princípio da insignificância.

Como sabido, a aplicação do referido princípio depende da análise do caso concreto, devendo o julgador estar atento a todas as circunstâncias capazes de demonstrar, através de uma análise global, a reprovabilidade da conduta, perquirindo se houve alguma ofensa concreta e intolerável ao bem jurídico tutelado pela norma penal (tipicidade material do fato), porque, segundo a clássica lição de Franciso de Assis Toledo, a conduta, para ser crime, precisa ser típica, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito (*nullum crimen sine lege*), mas também precisa ser, "a um só tempo, materialmente lesiva a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável" (*Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 131).

Se, mesmo depois de proceder a esse exame integral das circunstâncias fáticas, o julgador não se convencer de qualquer lesividade ou relevância no fato descrito na denúncia, forçoso o reconhecimento da atipicidade material (ausência da dimensão normativa da conduta), porque fatos sem ofensividade não interessam ao Direito Penal.

Assim lecionam Luiz Flávio Gomes, Antônio García-Pablos de Molina e Alice Bianchini:

> A falta da dimensão normativa (ou material), que é composta de uma tríplice valoração (juízo de desaprovação da conduta, resultado jurídico desvalioso e imputação objetiva do resultado), nos conduz a concluir pela atipicidade do fato (ou seja: o fato é materialmente atípico). A dimensão normativa ou material, como afirmam Cobo Del Rosal e Vives Antón, 'fica excluída nas condutas carentes de ofensividade típica exigida pela figura legal [...] ao não infringirem a norma, como norma objetiva de valoração, por não entrar em conflito com os interesses tutelados por elas, são alheias ao Direito penal, revelando, em todo caso, uma espécie de vontade má, cuja apreciação corresponde à Moral, não ao Direito. É o caso, *v.g.*, da chamada tentativa irreal ou das falsidades inócuas'.
>
> Resumindo: sempre que ocorre a subsunção formal da conduta à descrição legal, porém sem uma concreta ofensa ao bem jurídico tutelado, resulta excluída a tipicidade entendida em sentido material, isto é, uma conduta, para ser materialmente típica, deve não só adequar-se à literalidade do tipo legal, senão também ofender de forma relevante o bem jurídico protegido. Diante da ausência de lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, não se pode falar em fato ofensivo típico. Exemplo típico do que acaba de ser dito: casos com resultado insignificante. O fato insignificante é formalmente típico, mas não materialmente típico (consoante reconhecimento, inclusive do STF, *HC* 84.412) (*Direito penal*: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: RT, 2007, v. 1, p. 515).

In casu, todas as circunstâncias demonstram que a pesca era realizada de maneira visivelmente artesanal, através do simples uso de linha, anzol e isca bovina, desprovida de qualquer aspecto capaz de desencadear algum desequilíbrio ecológico, sendo o réu apreendido com meros 14 (quatorze) quilos de peixe.

Ora, ainda que se reconheça que o meio ambiente merece ser protegido, creio que a pesca de alguns exemplares de peixe, de *per se*, não é o suficiente para lesar o bem jurídico tutelado pelo art. 34 da Lei 9.605/98, não havendo, no caso, qualquer outro elemento apto a demonstrar a ofensividade concreta da conduta, até porque o réu teve seu instrumento de pesca apreendido, o que demonstra que foram sensivelmente reduzidas as possibilidades de ele vir a reincidir naquela prática.

O seguinte julgado bem ilustra a questão:

> Apelação criminal. Delito contra o meio ambiente. Pesca irregular. Art. 34, *caput* e parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.605/98. Instrução Normativa-Ibama nº 20/2005. Norma penal em branco. Princípio da bagatela. Aplicabilidade. - O princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF/88) assegura a qualquer cidadão saber previamente qual conduta sua pode ser alvo da repressão estatal, evitando arbitrariedades por parte dos intérpretes e aplicadores da lei. Certas condutas - caracterizadas pela contínua mutação - impedem que a respectiva norma incriminadora contenha descrição exaustiva de todos os elementos, a exemplo do que ocorre com os crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521/51) e contra o meio ambiente (Lei nº 9.605/98). As normas penais em branco, tipos penais incompletos que dependem de outras normas para serem aplicadas, permitem a manutenção de um preceito básico, cuja adaptação a novas realidades se dá com a modificação da norma complementar, sujeita a procedimento elaborativo mais simplificado em comparação ao processo legislativo tradicional. Somente a expressiva ofensa ao bem jurídico relevante adentra na esfera penal e, mesmo assim, quando outros ramos do Direito não forem adequados para a proteção do bem jurídico. O direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, de modo que não há falar em adequação típica diante de lesão irrelevante. A inexistência de qualquer espécime recolhido pelo réu não coloca em risco o equilíbrio ecológico, revelando-se insignificante no âmbito jurídico-penal. O maior perigo à biodiversidade nas regiões costeiras não provém das comunidades tradicionais, mas das grandes embarcações de pesca que desrespeitam zonas limítrofes de preservação. A aplicação do instituto da insignificância, em casos similares ao presente, não deixa desprotegidos os bens tutelados pela norma jurídica, pois a apreensão do equipamento de pesca resulta efetivo prejuízo ao acusado, de modo a coibir condutas idênticas e até mesmo a sua reiteração (Apelação Criminal nº 2007.72.01.004540-6/SC - 8ª T. - Relatora: Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère - j. em 26.08.2009, v.m.).

Em suma, os fatos em apreço se mostram irrelevantes para o Direito Penal, razão pela qual merece guarida a pretensão defensiva que intenta a absolvição,

restando prejudicado o exame das demais matérias agitadas no apelo.

Mercê de tais considerações, na esteira do judicioso parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao apelo para absolver Fred de Oliveira Elói da prática do delito descrito na denúncia, com espeque no art. 386, III, do Estatuto Processual.

Deixo de determinar a expedição de alvará de soltura, uma vez que o apelante não se encontra custodiado.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MATHEUS CHAVES JARDIM e JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...

Mutirão carcerário - Juiz natural - Promotor natural - Tribunal de exceção

Ementa: Agravo em execução penal. Anulação da sentença prolatada em mutirão carcerário. Princípios do juiz natural e do promotor natural. Não violação. Tribunal de exceção. Não ocorrência. Ausência de prejuízo às partes. Recurso não provido.

- Os mutirões realizados pelo Poder Judiciário não violam os princípios do juiz natural e do promotor natural, nem mesmo cria tribunal de exceção.

- Não se decreta a nulidade da sentença quando inexiste prejuízo às partes.

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0456.08.-062860-9/001 - Comarca de Oliveira - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: Luiz Eustáquio Batista - 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 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, 15 de março de 2011. - *Evandro Lopes da Costa Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - Por força da decisão de f. 110 verso, foi declarada a extinção da punibilidade do reeducando Luiz Eustáquio Batista, pelo cumprimento da pena estipulada em sua condenação.

Inconformado, o Promotor de Justiça interpôs o presente recurso, alegando a incompetência do Juízo sentenciante no mutirão carcerário, tendo em vista que a punibilidade do condenado foi extinta por Juiz diverso daquele que é o titular da 1ª Vara da Comarca de Oliveira/MG. Sustentou a violação aos princípios do juiz natural e do promotor natural. Asseverou, ainda, a vedação constitucional do ''juízo ou tribunal de exceção''. Assim, pugnou pela nulidade da r. decisão.

O agravado apresentou contrarrazões, às f. 11/12, pleiteando a prevalência da decisão *a quo* por seus próprios fundamentos.

O Juiz Titular da 1ª Vara da Comarca de Oliveira ratificou a decisão em sede de juízo de retratação (f. 116).

A Procuradora de Justiça opinou pela mantença da decisão guerreada (f. 123/125).

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Segundo consta dos autos, o agravado foi condenado como incurso nas sanções do art. 171, *caput*, do Código Penal, sendo a pena fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, no valor equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, em regime semiaberto. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, quais sejam prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de 20 (vinte) dias-multa, nas mesmas condições expostas na cominação anterior (f. 21/26). Devido ao descumprimento da obrigação, a prisão do condenado foi decretada (f. 51/52), tendo cumprido o restante da pena no regime semiaberto. O Juiz convocado, atendendo à determinação da Portaria-Conjunta do TJMG nº 191/2010 ("Mutirão Carcerário"), declarou a extinção da punibilidade do agravado.

Nos últimos anos, diante da crescente demanda de processos e da consequente demora na prestação jurisdicional à sociedade, o regime de ''mutirão'' tem sido um importante instrumento adotado pelo Judiciário, com o objetivo principal de imprimir maior eficiência no trâmite processual das ações que se acumulam pelas Varas de primeira instância em todo o país.

Assim, a administração dos tribunais, amparada por sua autonomia e por sua prerrogativa legal e regimental, designa juízes titulares ou substitutos para que auxiliem, por um período de tempo pré-estipulado, determinado juízo.

Cumpre destacar que o Conselho Nacional de Justiça, no Procedimento de Controle Administrativo nº 043/2005, adverte que os mutirões realizados pelo Poder Judiciário não causam ofensa ao princípio do juiz natural, nem mesmo cria tribunal de exceção, conforme a seguir transcrito:

> [...] II - Nos mutirões, não se cogita do afastamento dos juízes titulares das varas beneficiadas. Ao contrário, esses titulares somam seus esforços aos do grupo de magistrados designados para o auxílio e não raro os coordena. Da mesma forma, o ato de designação não vincula quaisquer dos juízes a determinado processo. O juiz não é designado para proferir sentença em dado feito. De modo absolutamente desvinculado, há um grupo de juízes de um lado e um acervo de processos do outro. O objetivo é liquidar o acervo, pouco importando quem profira a decisão, podendo ser o próprio titular da vara.
> III - Os mutirões, portanto, não ofendem a garantia do juiz natural e muito menos cria tribunal de exceção. No caso dos mutirões, o juiz natural é aquele que, de modo aleatório, conforme a sistemática de trabalho adotada, recebe o feito para apreciação e o julga com a devida imparcialidade (CNJ - PCA nº 43 - Rel. Cons. Paulo Schmidt - 12ª sessão - *DJ de* 31.01.2006).

Ressalte-se que, diante da aparente contrariedade entre três princípios constitucionais, quais sejam o do juiz natural, o do promotor natural e o da celeridade processual, percebe-se a consolidação da jurisprudência em privilegiar o terceiro, diante da imprescindibilidade de uma rápida prestação jurisdicional, fazendo efetivamente justiça no caso concreto. Importante enfatizar, ainda, que o princípio da celeridade processual foi alçado à categoria de direito fundamental explícito, por meio da EC nº 45/2004, acrescentando-se ao art. 5º da CR/88 o inciso LXXVIII, na qual ''a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação''.

Nesse mesmo diapasão, confira os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] 4. O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir caso referente à legitimidade da instituição de mutirão com vistas a agilizar a prestação jurisdicional, firmou entendimento, plenamente aplicável à presente hipótese, no sentido de que 'a designação de juiz para prolatar sentença não ofende o princípio do juízo natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF), visto que não se traduz em exercício de jurisdição por órgão sem assento constitucional, instituído após o fato motivador de sua atuação, ou ao qual falece competência para decidir o feito (art. 87 do CPC) (REsp 389.516/PR - 5ª Turma - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - *DJ* de 09.06.2003).

> [...] 4. Sob esse enfoque, a Corte Especial deste Tribunal, por ocasião do julgamento do AgRg no Ag 624.779/RS, de relatoria do Min. Castro Filho, firmou entendimento no sentido de que o princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto, podendo o juiz titular ser substituído por seu sucessor nas hipóteses previstas no art. 132 do Código de Processo Civil, entre as quais está incluída a expressão 'afastado por qualquer outro motivo', a partir da qual pode-se considerar o afastamento do magistrado em decorrência do regime de exceção/mutirão, que visa à agilização da prestação jurisdicional. Precedentes.
> 5. Além disso, a jurisprudência entende que a simples alegação de afronta ao referido dispositivo legal não tem o condão de acarretar a nulidade da sentença, porquanto imperioso ventilar qual o prejuízo efetivamente sofrido.
> [...]
> 7. Com efeito, desde que não haja prejuízo para nenhuma das partes, consoante ocorre na espécie, o princípio do juiz natural pode ser flexibilizado, a fim de conferir efetividade ao Judiciário, como nas hipóteses de mutirões (REsp 380466/PR - Rel. Min. Benedito Gonçalves - *DJ* de 13.10.2009).

> Agravo interno. Agravo de instrumento. Identidade física do juiz. Art. 132 do CPC. O princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto. Assim, desde que não se vislumbre, no caso concreto, prejuízo a alguma das partes, é de se reconhecer como válida sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução, ainda que tenha decidido como substituto eventual, em regime de mutirão. Agravo a que se nega provimento (AgRg no Ag 624779/RS - Rel. Min. Castro Filho - Corte Especial - *DJ* de 15.08.2007).

Ademais, como bem salientou a Procuradora de Justiça, à f. 125,

> [...] entendo que, pelo que se tem dos autos no levantamento de pena do agravado, esta foi cumprida, o que geraria o *decisum* objurgado, e ainda, conforme foi destacado pelo *Parquet* que então oficiava no feito, à f. 98, óbvia, clara e ululante a conclusão de que, se nulidade existisse, a mesma haveria de ser afastada pelo Tribunal do Estado diante da ausência de qualquer prejuízo ao Ministério Público, já que a nova sentença que seria lavrada pelo juiz natural, sem dúvida, se prestaria apenas a repetir o que anteriormente fora determinado.

Desse modo, tenho que a nulidade alegada não se verifica, especialmente porque não houve qualquer prejuízo às partes, estando correta a decisão que, ante o cumprimento da reprimenda, extinguiu a punibilidade do apelado.

Posto isso, nego provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a decisão de f. 110 verso.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FURTADO DE MENDONÇA e CATTA PRETA.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Estatuto da Criança e do Adolescente - Ato infracional análogo ao delito do art. 14 da Lei nº 10.826/2003 - Remissão extintiva - Maioridade civil - Outorga ministerial - Não ocorrência - Oposição - Medidas socioeducativas - Aplicação - Idade-limite - 21 anos - Possibilidade - Prosseguimento do feito determinado

Ementa: Apelação criminal. ECA. Ato infracional análogo ao art. 14 da Lei nº 10.826/2003. Remissão extintiva. Impossibilidade. Representado que completou 18 anos, mas ainda não atingiu 21 anos de idade. Possibilidade de aplicação de medida socioeducativa. Recurso provido.

- O ECA permite a aplicação de medidas socioeducativas até 21 anos de idade, mesmo que a maioridade civil tenha sido reduzida para 18 anos. Inclusive a aplicação das medidas objetiva a adequação do adolescente ao convívio social, evitando que a sua vida tome o rumo da criminalidade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0040.08.080787-4/001 - Comarca de Araxá - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Adolescente em conflito com a lei - 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 Júlio Cezar Guttierrez, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de janeiro de 2011. - *Doorgal Andrada* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DOORGAL ANDRADA - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe recurso de apelação em face da respeitável decisão de f. 62/64, que concedeu ao recorrido a remissão extintiva, tendo em vista o fato de que o representado já conta com 18 anos de idade, tendo atingido a maioridade civil no curso do procedimento.

Em suas razões recursais (f. 66/70), sustenta o recorrente que a decisão não merece prosperar, sob o fundamento de que a extinção do processo não dará à sociedade a resposta esperada diante de ato infracional cometido pelo recorrido.

Expõe que deve ser aplicada sobre o adolescente a medida socioeducativa de liberdade assistida em razão da prática do ato infracional.

Aduz que a morosidade na tramitação processual não pode servir de estímulo para a prática de atos pelas crianças e adolescentes, que muitas vezes são usados por maiores de idade para encobrir delitos.

Aponta que as medidas socioeducativas podem ser aplicadas até os 21 anos de idade.

Pede seja reformada a decisão determinando-se a aplicação da devida punição ao caso.

Contrarrazões às f. 75/77, pela manutenção do r. *decisum*.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às f. 85/91, opinando pelo provimento do recurso.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Trata-se de ato infracional análogo ao art. 14 da Lei nº 10.826/2003, praticado pelo menor E.R.P.B.

Embora haja nos autos prova da materialidade e indícios fortes de autoria, pois houve confissão do menor, o Juízo monocrático optou por extinguir o feito sob o fundamento de que o recorrido completou 18 anos de idade e não se justifica a aplicação de medida socioeducativa, pois nesse caso ela somente seria cabível, excepcionalmente, até 21 anos de idade, mas não se enquadra à conduta do menor no caso. Dessa forma, decidiu pela remissão processual extinguindo o feito.

O procedimento estabelecido pelo ECA, no caso de remissão, sugere a participação efetiva do Ministério Público, que deve opinar sobre a outorga de tal benefício. No caso dos autos, o Órgão Ministerial não concorda com a concessão, tanto assim que apresentou a presente pretensão recursal.

Mesmo diante da oposição do órgão do Ministério Público, houve a remissão extintiva.

Entretanto, tal situação não pode prosperar.

A remissão, uma vez oferecida a representação, pode ser concedida a qualquer tempo antes da sentença, mas sempre após a audiência de apresentação, ouvido o Ministério Público.

Lado outro, o ECA permite a aplicação de medidas socioeducativas até 21 anos de idade, mesmo com a maioridade civil tendo sido reduzida para 18 anos. Inclusive a aplicação das medidas objetiva a adequação do adolescente ao convívio social, evitando que a sua vida tome o rumo da criminalidade.

Dessa maneira, o simples fato de o recorrido ter completado 18 anos não é motivo para não se responsabilizar por atos praticados quando era menor.

O art. 121, § 5º, do ECA é muito claro ao definir a hipótese de cabimento de aplicação das medidas até 21 anos de idade.

No sentido de respaldar o que foi acima defendido, surge a jurisprudência do TJMG:

> Ementa: Estatuto da Criança e do Adolescente. Menor que atingiu a maioridade no curso do procedimento que apura prática de ato infracional. Remissão. Impossibilidade. - O

alcance da maioridade do representado no curso do procedimento que apura a prática de ato infracional não enseja a aplicação da remissão extintiva, pois se considera a menoridade à época do fato. Inteligência dos arts. 104, parágrafo único, e 121, § 5º, do ECA. - Recurso parcialmente provido. (Processo nº 1.0332.07.015210-0/001, Relator Des. Ediwal José de Morais, j. em 09.03.2010, p. em 07.05.2010.)

Ementa: Apelação criminal. Menor infrator. Remissão em razão da maioridade civil. Inadmissibilidade. - A norma genérica alusiva à maioridade, disposta no novo Código Civil, não alcança disposição especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevalece sobre aquele, de modo que o cumprimento de medida socioeducativa decorrente da regular apuração da prática de ato infracional se impõe ainda que o adolescente ultrapasse os dezoito anos completos, posto que sua aplicabilidade se estende até os vinte e um anos de idade. Recurso provido. (Processo nº 1.0024.02.656482-3/001, Relator: Des. Judimar Biber, j. em 27.01.2009, p. em 06.02.2009.)

Em face do exposto, dou provimento ao recurso de apelação manejado pela acusação, determinando o regular prosseguimento do feito, com o enfrentamento do mérito do processo infracional.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HERBERT CARNEIRO e JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ.

Súmula - RECURSO PROVIDO.

...

Estelionato e falsidade ideológica - Dolo específico - Prova - Inexistência - Presunção de inocência - Prevalência - Absolvição - Viabilidade

Ementa: Apelação criminal. Estelionato e falsidade ideológica. Insuficiência de provas quanto aos elementos subjetivos específicos dos tipos. Absolvição.

- É necessária prova escorreita e segura da existência do fato delituoso e de sua autoria para que a presunção de inocência que milita em favor do acusado seja elidida; isso porque uma condenação baseada apenas em conjecturas e ilações feriria de morte a dignidade da pessoa, princípio matriz de nossa Constituição.

- Os crimes de estelionato e de falsidade ideológica exigem dolo específico: sem prova robusta da intenção dos acusados de obter vantagem para si ou para outrem e de prejudicar direito de terceiro não é possível exarar um decreto condenatório.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.04.127904-6/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1ª) S.M.S.S., 2º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, S.A.A.S. e S.M.S.S.- 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 REJEITAR A PRELIMINAR, DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO, JULGAR PREJUDICADO O SEGUNDO E ABSOLVER A CORRÉ.

Belo Horizonte, 24 de março de 2011. - *Cássio Salomé* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Sandra Maria Silva de Souza e o Ministério Público Estadual não se conformam com a sentença de f. 233/243, que condenou a primeira apelante às penas definitivas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão (substituída por duas restritivas de direitos), regime aberto, e 30 (trinta) dias-multa, pela prática dos crimes de falsidade ideológica e estelionato; e Aristeu de Souza e Sandra Aparecida de Almeida Souza às penas definitivas de 10 (dez) meses de reclusão (substituída por uma restritiva de direitos), regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime de estelionato. Aviaram, então, recursos de apelação.

Segundo a exordial acusatória, o inimputável B.O.S.S., representado por sua genitora, ajuizou, em 1999, uma ação de alimentos contra seu avô paterno, A.S., alegando que seu pai estava em local incerto e não sabido.

Consta que, no dia 11 de julho de 2002, durante o trâmite da ação de alimentos, A.S., pai de B.O.S.S., faleceu. No dia seguinte, S.M., sua irmã, compareceu ao cartório e fez constar na certidão de óbito que o mesmo tinha apenas 4 (quatro) filhos, omitindo a existência de B.O.S.S.

De acordo com a inicial, S.A., esposa de A.S., de posse do documento ideologicamente falso, propôs uma ação para receber o valor do FGTS do *de cujus*.

Até o desfecho do processo movido por sua nora, A.S. não jungiu aos autos da ação de alimentos, qualquer elemento que indicasse a morte de seu filho.

Narra, a inicial, que A.S., S.M. e S.A. agiram em conluio para beneficiar esta última e para prejudicar B.O.S.S.

Vencida a instrução processual, o conspícuo Magistrado monocrático teve por bem julgar parcial-

mente procedente a proemial e condenar S.M.S.S. pela prática dos crimes descritos no art. 171, § 1º, e art. 299, ambos do CP; e A.S. e S.A.A.S. pela prática do delito insculpido no art. 171, § 1º, do Estatuto Repressivo Material.

S.M. (f. 251) e S.A. (f. 257) foram regularmente intimadas da sentença.

Veio aos autos a certidão de óbito de f. 279, que atesta que A.S. faleceu em 03 de março de 2008.

S.M. (f. 251) e o Ministério Público (f. 260) apelaram da sentença.

Em razões de f. 284/288, o *Parquet* pugnou pelo decote do benefício do art. 171, § 1º, do CP, considerando que o valor do FGTS e do PIS de A.S. ultrapassava o do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em razões de f. 291/295, S.M. alegou que não restou configurado o dolo de nenhum dos delitos que lhe foram imputados e que não se valeu de qualquer meio fraudulento para manter a vítima em erro. Subsidiariamente, afirmou que o MP nem sequer narrou duas condutas na exordial, pelo que não há que se falar em concurso material.

Em contrarrazões, S.A. aduziu que o prejuízo sofrido pela vítima é inferior a R$200,00 (duzentos reais), pois o valor do FGTS e do PIS deveria ser dividido entre ela e seus irmãos (f. 299/300). No mesmo sentido manifestou-se S.M. (f. 297/298).

O ilustre Promotor de Justiça pugnou pelo improvimento da apelação interposta pela defesa (f. 301/305).

Às f. 312/321, a douta Procuradora de Justiça opinou pelo improvimento da irresignação aviada pela defesa e pelo provimento do recurso ministerial.

É o relatório.

Conheço de ambos os recursos, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Preliminarmente, a Defensoria Pública alegou a prescrição da pretensão punitiva, em sua modalidade retroativa.

Tal tese, todavia, não merece acolhida.

Como de curial sabença, até o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, a prescrição regula-se pela pena máxima cominada para o delito.

In casu, verifica-se que o Ministério Público apelou da r. sentença condenatória. Assim, na forma do art. 109, III, do CP, o prazo prescricional aplicável a cada um dos delitos é de 12 (doze) anos.

Pois bem, o fato ocorreu em 12 de julho de 2002; a denúncia foi recebida em 02 de fevereiro de 2006 (f. 120); e a publicação da sentença condenatória se deu em 20 de agosto de 2009 (f. 244). Não transcorreu, portanto, entre quaisquer dos marcos interruptivos da prescrição, o lapso temporal de 12 (doze) anos.

Assim, não há que se falar em extinção da pretensão punitiva do Estado, pela prescrição.

Ultrapassada a prefacial arguida e não havendo mais nada que possa macular o presente feito, passo à análise do mérito.

Quanto ao recurso defensivo:

É certo que S.M.S.S., residente em Juiz de Fora, em face do assassinato de seu irmão, ocorrido na Capital, no dia 12 de julho de 2002, compareceu no Primeiro Serviço Registral das Pessoas Naturais de Belo Horizonte e declarou ao registrador civil que A.S.S.S. era casado e que o mesmo tinha apenas 04 (quatro) filhos: F., F., F. e I.

Averiguou-se que, até maio de 2003, A.S. não jungiu cópia dessa certidão nos autos da ação de alimentos que lhe movia seu neto B.O.S.S., também filho de A.S.S.S.

Restou devidamente demonstrado que S.A.A.S. valeu-se do documento supramencionado para receber o valor do FGTS e do PIS do seu falecido esposo.

Ao tomar conhecimento dessa série de eventos, o Ministério Público vislumbrou uma insidiosa união de desígnios com o fito de prejudicar o inimputável B.O.S.S. e permitir que S.A. ficasse com a totalidade dos direitos previdenciários do *de cujus*.

Os acusados foram, contudo, veementes ao negar a prática delitiva.

S.M. contou, na audiência de instrução e julgamento, que, ao fazer constar, na certidão de óbito de A.S.S.S., que o mesmo tinha apenas quatro filhos não pretendia prejudicar seu sobrinho B.O.S.S. Aduziu que se esqueceu do mesmo, porque estava muito nervosa com o falecimento de seu irmão e com a possibilidade de o mesmo ser enterrado como indigente. O que é perfeitamente crível e aceitável. Vejamos:

> [...] Que não teve a intenção de prejudicar a vítima; que seu irmão não deixou bens a partilhar; que, na época dos fatos estava muito triste com a morte de seu irmão e por isto não conseguiu dar as informações necessárias no Cartório [...] (interrogatório da apelante, às f. 138/139).

S.A., por sua vez, foi segura ao afirmar que não tinha a confirmação de que A.S. tinha um filho oriundo de relação extraconjugal:

> Que não é verdade que omitiu que seu marido N.S. tivesse filho com outra mulher, pois na verdade apenas ouvia comentários, mas não sabia se tais comentários eram verídicos e nem sabia quem seria a mãe de algum filho que ele pudesse ter [...] (interrogatório da corré S.A., às f. 136/137).

Por fim, A.S. - um ancião octagenário à época - asseverou que nem mesmo sabia dos direitos previdenciários de seu filho. Vejamos:

> [...] que, não sabe nada sobre a ação trabalhista para recebimento de FGTS conforme narra no final da denúncia de f. 04 [...] (interrogatório de A., às f. 134/135).

De fato, após detida análise dos autos, não vislumbro nenhuma prova que demonstre a efetiva existência dos elementos subjetivos específicos dos tipos no caso sob exame. É difícil crer que a apelante, pessoa simples, que trabalha como faxineira, tenha elaborado, com seu pai e sua cunhada, tão sofisticado estratagema para prejudicar seu sobrinho e garantir que a viúva de seu irmão auferisse, ilicitamente, R$ 61,75 (quantia referente a 1/5 da quantia que, segundo o MP, S.A. sacou em 21 de novembro de 2002).

Chego a essa conclusão ao perceber o difícil momento pelo qual passou a apelante, com o assassinato do irmão na Capital: o choque que a notícia certamente provocou na família, aliado às enormes dificuldades que todos passam para registro de óbito e liberação de corpo (e os problemas se avultam quando a vítima perde a vida por ação delituosa); e às barreiras burocráticas, que se apresentam intransponíveis para as pessoas simples do interior, se o fato ocorre na metrópole, tinha, indubitavelmente, o condão de abalar psicologicamente S.M. e induzi-la ao erro cometido.

Além disso, é bastante improvável que os acusados tenham os conhecimentos de Direito Previdenciário necessários para planejar o vil engodo.

Também não parece razoável que eles tenham dedicado seu tempo e energia para embolsar quantia tão reduzida.

Diante dessas circunstâncias e da fragilidade da prova do dolo, a meu juízo, as condutas da apelante, de sua cunhada e de seu pai não se amoldam nas tipificações expostas na r. decisão impugnada.

Dessarte, conquanto as atitudes dos acusados tenham prejudicado B.O.S.S., não há, nos autos, elementos suficientes para afirmar que eles agiram com dolo específico de lesá-lo ou de obter vantagem ilícita. Com efeito, em face das circunstâncias dos fatos acima já expostos e da pouca informação característica dos acusados, parece-nos que eles atuaram sem a consciência das consequências de seus atos. Pelo menos não há, nos autos, prova do dolo específico a caracterizar os delitos imputados.

Segundo a doutrina, além do dolo genérico, é preciso que o agente atue com o intuito de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, para que reste configurado o delito descrito no art. 299 do CP. Vejamos:

> Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, mas se exige elemento subjetivo específico, consistente na vontade de 'prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante'. Dessa forma, a falsificação que não conduza a qualquer desses três resultados deve ser considerada penalmente indiferente (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.073).

Da mesma forma, se não há a intenção de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, inexiste estelionato:

> Exige o tipo a presença do elemento subjetivo, consistente na obtenção de vantagem em proveito próprio ou de terceiro. Se o agente emprega os meios fraudulentos com a mera finalidade, por exemplo, de prejudicar a vítima, sem visar locupletamento seu ou de outrem, o estelionato não se caracterizará. (CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal*: parte especial. 2. tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 162.)

Como de curial sabença, é preciso que haja prova escorreita e segura da existência do fato delituoso e de sua autoria para que a presunção de inocência que milita em favor do acusado seja elidida; isso porque uma condenação baseada apenas em conjecturas e ilações feriria de morte a dignidade da pessoa, princípio matriz de nossa Constituição.

Assim sendo, o Magistrado só pode prolatar um decreto condenatório quando tem certeza absoluta da responsabilidade delitual do implicado; se restar alguma dúvida, mister absolver o acusado. Nas palavras de Voltaire, "é melhor correr o risco de salvar um homem culpado que condenar um inocente".

A jurisprudência sobre o tema é pacífica. Ilustrativamente, cumpre colacionar o seguinte julgado:

> Prova. Insuficiência de indicativos fáticos da autoria e materialidade do ilícito imputado ao agente. Sua consequente absolvição - A verdadeira Justiça exige que um decreto condenatório se erga esteado em prova inconcussa da autoria do ilícito imputado ao agente. Na falta de demonstrativo hábil de sua responsabilidade delitual, o desate viável é o absolutório. Se para a absolvição basta a dúvida, para a condenação urge a certeza. Uma vez instalada a dúvida, impõe-se aplicar o princípio *in dubio pro reo* (TJMG - Relator: Des. Hyparco Immesi - Processo nº 1.0024.01.590303-2/001(1) - j. em 07.10.2004 e p. em 23.10.2004).

A absolvição de S.M.S.S. é, então, imperativa.

Também deve ser absolvida a corré S.A.A.S., em razão do efeito extensivo dos recursos, sobre o qual dissera Eugênio Pacelli de Oliveira:

> Em regra, os recursos são interpostos no interesse exclusivo de quem deles faz uso. Há, porém, no caso de concurso de agentes, questões ligadas ao fato criminoso cuja solução poderá vir a se estender a todos os seus autores e partícipes. Assim ocorrerá sempre que a solução da questão penal tiver de ser uniforme para todos os envolvidos (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 786).

Prejudicada a irresignação ministerial.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso defensivo, para absolver a apelante, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Em *habeas corpus* de ofício, absolvo a corré não apelante S.A.A.S. Julgo prejudicado o recurso da acusação.

Custas, pelo Estado de Minas Gerais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO e DUARTE DE PAULA.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR, DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO, JULGARAM PREJUDICADO O SEGUNDO E ABSOLVERAM A CORRÉ.

...

Crime ambiental - Termo de ajustamento de conduta - Denúncia - Justa causa - Ausência

Ementa: Recurso em sentido estrito. Crime ambiental. Existência de termo de compromisso de ajustamento de conduta. Ausência de justa causa.

- A assinatura do Termo de Compromisso de Ajustamento da Conduta Ambiental (TAC) junto aos órgãos competentes antes de oferecimento da denúncia pelo Ministério Público obsta a propositura da mesma, ante a ausência de justa causa para a instauração da respectiva ação penal, sobretudo diante da existência de documentos que comprovam o integral cumprimento do acordo firmado.

Recurso não provido.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0183.09.-157056-8/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Recorrido: Darci Tomaz de Souza - 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, 25 de janeiro de 2011. - *Antônio Armando dos Anjos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS - Cuida a espécie de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra a decisão (f. 104/105), que rejeitou a denúncia oferecida contra o recorrido, Darci Tomaz de Souza, por suposta prática do delito previsto no art. 38 da Lei 9.605/98, em virtude do cumprimento integral do acordo firmado no Termo de Ajustamento de Conduta, não havendo, portanto, justa causa para o prosseguimento da ação.

Em suas razões recursais (f. 109/114), almeja o recorrente a cassação da decisão para que a denúncia seja recebida, ao argumento de que o termo de ajustamento de conduta tem como objeto a reparação (recomposição) dos danos material e moral, não interferindo na aplicação das sanções penal ou administrativa, o que viola o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição da República.

O recurso foi contra-arrazoado pelo acusado, batendo-se pela manutenção da decisão hostilizada (f. 115/122).

Pela decisão de f. 123, o MM. Juiz manteve a decisão recorrida e determinou a remessa dos autos a este tribunal.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do il. Procurador de Justiça, Dr. Alceu José Torres Marques (f. 129/143), opina pelo provimento do recurso.

É, em síntese, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso interposto.

Não foram arguidas preliminares e, não vislumbrando nulidades nem irregularidades a serem sanadas de ofício, passo ao exame do mérito do recurso.

Como visto alhures, almeja o Ministério Público a cassação da decisão para que a denúncia seja recebida, ao argumento de que o termo de ajustamento de conduta tem como objeto a reparação (recomposição) dos danos material e moral, não interferindo na aplicação das sanções penal ou administrativa, o que viola o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição da República.

Examinando detidamente os autos, verifico que o Ministério Público propôs, e foi aceito pelo denunciado, em 15.04.2009, Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (f. 53/54), onde o denunciado se comprometeu a proceder à recomposição do dano ambiental e, como compensação pelo dano ambiental, a doar à ARPA - Associação Regional de Proteção Ambiental do Alto Paraopeba e Vale do Rio Piranga o valor de R$ 232,50 (duzentos e trinta e dois reais e cinquenta centavos).

De acordo com os documentos acostados aos autos às f. 53/63, o denunciado cumpriu integralmente o seu acordo firmado no Termo de Ajustamento de Conduta, o que revela que a questão já foi resolvida, tendo, inclusive, sido juntada aos autos uma notificação (f. 55) da 5ª Promotoria de Justiça da Comarca de Conselheiro Lafaiete demonstrando que o recorrido, Darci Tomaz de Souza, cumpriu regularmente o acordo firmado, tanto que o Ministério Público solicitou o arquivamento do Inquérito Policial 0183.08.000079-1, que apurava o cometimento da presente infração.

Ora, o termo de compromisso visa, única e tão somente, a que pessoas físicas e jurídicas possam promover as necessárias correções de suas atividades, atendidas as exigências impostas pelas autoridades competentes.

Segundo o art. 79-A da Lei 9.605/98, o Termo de Ajustamento de Conduta assinado pelo denunciado tem força de título executivo extrajudicial, extinguindo, na conformidade da orientação dominante neste Tribunal de Justiça, a punibilidade do agente que aceita os compromissos ali firmados, impedindo, dessa forma, a propositura da respectiva ação penal.

De outra parte, mesmo se houver o descumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, firmado pelo denunciado junto ao Ministério Público, a meu ver poderá o mesmo ser executado civilmente, não subsumindo assim a conduta do denunciado no art. 38 da Lei 9.605/98. A propósito sobre o assunto trago à colação os seguintes arestos:

> Mandado de segurança. Crime ambiental. Existência de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta. Ausência de justa causa. - Deve ser trancada a ação penal por falta de justa causa na hipótese em que a impetrante assinou termo de compromisso de ajustamento de conduta ambiental junto aos órgãos competentes antes do oferecimento da denúncia. *Mandamus* concedido. (TJMG, 3ª CCrim, Ap. 1.0000.03.400377-2/000, Rel.ª Des.ª Jane Silva, v.u., j. em 25.06.2004, p. no *DOMG* de 13.08.2004.)
>
> *Habeas corpus*. Crime ambiental. Trancamento da ação penal. Possibilidade. Existência de termo de ajustamento de conduta. Ordem concedida. (TJMG, 3ª CCrim, Ap. 1.0000.07.465790-9/000, Rel. Des. Paulo Cézar Dias, v.u., j. em 15.01.2008, p. no *DOMG* de 20.02.2008.)
>
> *Habeas corpus*. Acordo firmado com força de título executivo extrajudicial. Matéria penal definitivamente desconstituída que impede a apresentação de denúncia sobre o mesmo fato. Denúncia oferecida e recebida. Constrangimento ilegal caracterizado. Trancamento da ação penal ordenada. Ministério Público. Parte ilegítima para instauração de inquérito administrativo com a finalidade de persecução penal. Ordem concedida. (TJMG, 3ª CCrim, Ap. 1.0000.04.410063-4/000, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, v.u., j. em 24.08.2004, p. no *DOMG* de 08.10.2004.)
>
> *Habeas corpus*. Trancamento de ação penal. Crime ambiental. Existência de Termo de Ajustamento de Conduta. Justa causa que não se verifica. Denúncia que não individualiza a conduta do paciente. Direito de defesa prejudicado. Inépcia. Ordem concedida. (TJMG, 2ª CCrim, Ap. 1.0000.06.-445201-4/000, Rel. Des. Reynaldo Ximenes Carneiro, v.u., j. em 16.11.2006, p. no *DOMG* de 11.01.2007.)

Ademais, há de se ressaltar que somente se justifica a intervenção do Direito Penal quando outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta considerada ilícita, ou seja, a sanção penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, devendo ser imposta quando os demais ramos do direito não se mostrarem eficazes na defesa dos bens jurídicos.

Logo, para proteção do meio ambiente, o Estado deve esgotar os meios menos lesivos que o Direito Penal, antes de recorrer a ele, não havendo razão para acionálo na hipótese em discussão, pois este foi resolvido pelo Termo de Ajustamento de Conduta.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, meu voto é no sentido se negar provimento ao recurso ministerial, mantendo incólume a decisão hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, *ex vi legis*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL e PAULO CÉZAR DIAS.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...

Exceção de suspeição - Suspensão do feito - Inviabilidade - Não reconhecimento pelo magistrado - Produção de provas - Preclusão - Art. 98 do CPP - Atuação regular do magistrado em condenações anteriores - Parcialidade não demonstrada - Exceção rejeitada

Ementa: Exceção de suspeição. Juiz. Alegação de inimizade capital com o acusado. Inteligência do art. 254, I, do CPP.

- Acerca da causa de suspeição prevista no art. 254, I, do CPP, que se verifica na hipótese de ser o juiz amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes ou interessados, somente se constata na hipótese de sua íntima, profunda e fraternal amizade com a parte, ou sua inimizade capital com o excipiente, fundada no rancor e no desejo de vingança, capazes de perturbar o julgamento.

- Meras decisões desfavoráveis aos interesses do acusado ou a participação do magistrado, como testemunha, em investigação instaurada contra aquele não demonstram inimizade capital, nem retiram a imparcialidade do julgador.

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CRIMINAL Nº 1.0000.-10.044431-4/000 - Comarca de Montes Claros - Excipiente: Arilson Catrinck - Excepto: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Montes Claros, Juiz Isaías Caldeira Veloso - 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 REJEITAR A EXCEÇÃO.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2011. - *Duarte de Paula* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DUARTE DE PAULA - Trata-se de exceção de suspeição arguida por Arilson Catrinck contra o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Montes Claros - Dr. Isaías Caldeira Veloso, requerendo o afastamento deste da condução do feito 0433.09.284902-8, com fulcro no art. 254, I, do CPP.

Alega na exceção que, em 29.09.09, na r. decisão que decretou a prisão preventiva do excipiente, o excepto fundamentou-se em argumentos extra-autos e o acusou de ameaçar juízes e promotores, além de lhe imputar a morte, de forma covarde, de agente penitenciário. Alega que, em 03.02.10, foi informado que o excipiente o ameaçava de morte; que o Magistrado figura como vítima no procedimento investigativo instaurado para a apuração de atos criminosos imputados ao excipiente. Afiança que, após tais fatos, o excepto começou a atropelar os trâmites legais, fazendo de tudo para condenar o mais breve possível o excipiente, permitindo, inclusive, que se realizasse uma audiência de instrução sem o comparecimento do excipiente, apesar de este encontrar-se preso e sua presença ter sido devidamente requisitada. Afirma que, nos autos do Processo 0433.-07.230150-3, em que se apurava a prática de tráfico de drogas pelo excipiente, o excepto fixou sua pena-base em dez anos, sem apresentar qualquer justificativa plausível para tal ato; que, nos autos do Processo 0433.07.204843-5, em que pese o excepto haver impronunciado o excipiente, devolveu os autos à autoridade policial, para que avançasse nas investigações, caso surgissem novas provas, fatos estes que, somados, demonstrariam a existência de inimizade capital entre as partes, impondo o afastamento do Magistrado.

Através de petição, o excipiente requereu a suspensão do feito principal até o julgamento da exceção e a produção de prova oral, invocando os termos do art. 465, § 2º, do RITJMG.

Ao prestar informações, o excepto afirmou não possuir qualquer relação pessoal com o excipiente, sendo que o simples fato de já o haver condenado não indica inimizade capital. Sustentou que nunca acusou o excipiente de fazer-lhe ameaças, não sendo responsável por investigações policiais, às quais não deu causa. Salientou que já absolveu o excipiente em processo em que lhe fora imputado crime de homicídio duplamente qualificado, mediante impronúncia, agindo sempre em conformidade com a lei e seu ofício (f. 123/124).

Inicialmente, o dispositivo regimental citado não agasalha o pedido do excipiente de suspensão do feito principal, salientando que, nos termos do art. 102 do CPP, somente se pode sustar a tramitação do feito se reconhecida pelo excepto a procedência da alegada suspeição. Refutada a suspeição, o processo continua em seu trâmite regular.

Da mesma forma, no que toca ao pleito do excipiente de produção de provas, não merece acolhida. Isso porque, conforme dispõe o art. 98 do mesmo CPP, ao opor a exceção de suspeição, a parte deverá fazer acompanhar da petição inicial a prova documental e/ou o rol das testemunhas por meio das quais pretende comprovar as suas alegações. Sendo certo que, não o fazendo nesse momento, fica precluso o seu direito de produzir tais provas, como bem salientou a douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> Exceção de suspeição. Cerceamento de defesa. Não configuração. Rol de testemunhas, requisito da petição. Parcialidade do perito não comprovada. - Na petição inicial da exceção de suspeição, deve ser indicado o rol de testemunhas, sob pena de a prova testemunhal ser indeferida. Não comprovados os fatos ensejadores da exceção de suspeição do perito, não há que lhe imputar a balda de parcial (Exceção de Suspeição 1.0105.05.166023-8/000, Rel. Des. José Amâncio, *DJ* de 24.11.07).

> Exceção de suspeição. Procuração. Poderes especiais. Desnecessidade. Conhecimento do incidente. Petição sem rol de testemunhas e sem pedido de produção de provas. Dilação probatória. Impossibilidade. Completa ausência de prova do alegado. Manifesta carência de fundamento legal. Arquivamento ordenado. Escopo protelatório. Litigância de má-fé configurada. Penas impostas. [...]. - O rol de testemunhas deve vir na petição, através da qual a exceção é arguida, sob pena de preclusão. As provas a serem produzidas devem ser requeridas na petição através da qual a exceção é arguida. Não se abre dilação probatória sem o requerimento respectivo formulado pelo excipiente ou pelo excepto (Exceção de Suspeição 2.0000.00.451007-6/000, Rel. Des. Hélcio Valentim, *DJ* de 06.05.04).

Dessarte, tendo em vista que, na inicial do incidente, o excipiente apenas protestou genericamente pela produção de provas, deixando de arrolar, desde já, o seu rol de testemunhas, o qual também não apresentou nas suas petições posteriores, restou precluso seu direito à produção de tal prova.

Agora, ultrapassadas tais questões, a alegada suspeição do Magistrado, arguida com fulcro no art. 254, I, do Código de Processo Penal, merece algumas observações.

Como sabido, à parte é defeso valer-se de suas próprias forças para diretamente solucionar o conflito em que se vê envolvida. Assim, deve o Estado, detentor único do poder-dever de prestar a tutela necessária à resolução daquele conflito, agir no processo, através de seus órgãos, com absoluta isenção, retribuindo assim à confiança que lhe é depositada pelo destinatário final da atividade jurisdicional. E essa retribuição pressupõe necessariamente que o Estado exija, daqueles que exercem a jurisdição em seu nome, a condução imparcial do processo.

Portanto, o direito de a parte recusar o juiz não está, necessariamente, condicionado à possibilidade ou à probabilidade de que ele esteja realmente propenso a prejudicá-la; basta a ocorrência de uma causa legal que justifique a desconfiança da sua imparcialidade. Mesmo porque, se é certo que a imparcialidade representa um dever do juiz perante os jurisdicionados, também é garantia sua, pois nela se escuda quando ameaçado em sua independência funcional.

Acerca das causas geradoras da parcialidade do juiz, salienta-se que, enquanto o impedimento se apresenta como verdadeira proibição, imposta ao juiz, de oficiar no processo em que se encontre presente qualquer das circunstâncias apontadas no art. 252 do Código de Processo Penal, a suspeição impõe-lhe o dever de afastar-se da presidência do processo, sempre que se revele, em concreto, qualquer dos motivos arrolados pelo artigo 254 do mesmo diploma legal.

Acerca da causa de suspeição prevista no art. 254, I, do CPP, que é a que interessa no momento, e que se verifica na hipótese de ser o juiz amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes ou interessados, entendo que ela somente se constata na hipótese de sua íntima, profunda e fraternal amizade com a parte, ou sua inimizade capital com a mesma, fundada no rancor e no desejo de vingança, capazes de perturbar o julgamento.

O juiz amigo ou inimigo da parte, portanto, é o que deixa de lado sua imparcialidade, afasta seu senso de justiça e de dever, abafa sua razão em nome e em função de sentimentos profundos que todos os homens têm, beneficiando ou prejudicando, com o poder que de seu cargo deriva, as partes submetidas ao seu julgamento.

In casu, porém, não extraio da conduta do excepto tais sentimentos.

Através da r. decisão de f. 21/22, o Magistrado decretou a prisão preventiva do excipiente, com fulcro no que dispõe o art. 312 do CPP - por existirem indícios de que este estaria ameaçando testemunhas -, agindo dentro da legalidade. Na r. sentença de f. 21/29, impronunciou o excipiente e determinou a remessa dos autos ao órgão competente, para a apuração dos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, não havendo nada de irregular em sua conduta. E, na r. sentença de f. 30/39, condenou o excipiente pelos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, com fulcro nas provas dos autos, fixando a pena de conformidade com os critérios legais.

Ora, o simples fato de o Magistrado já haver condenado o excipiente e afirmar recorrentemente em suas decisões que este é uma pessoa perigosa, que ameaça testemunhas e possui envolvimento com o tráfico de drogas, não indica a existência de inimizade capital entre as partes, uma vez que o envolvimento deste com o mundo do crime, ao que parece, é de conhecimento público, sendo amplamente divulgado nos meios de comunicação (f. 13/20). Além do mais, já tendo o Magistrado atuado em vários feitos envolvendo o excipiente, possui algum conhecimento de seu modo de proceder, não agindo com parcialidade ao afirmar o que todos já sabem.

Agiria o Magistrado de maneira parcial, isso sim, se condenasse o excipiente sem basear-se nas provas existentes dos autos, o que não ocorre, uma vez que, como visto, já o impronunciou por falta de provas, apesar de pessoalmente acreditar no seu envolvimento no crime.

Por fim, entendo que o fato de existir uma investigação em curso - na qual se apura se o excipiente está envolvido num plano para matar o promotor da cidade e o excepto - não retira a imparcialidade deste, que não possui qualquer envolvimento com tal investigação; apenas cumpriu com suas obrigações de cidadão, ao atender a uma intimação judicial para depor a respeito do caso (f. 41), valendo notar que, nesse sentido, em caso análogo, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Criminal. *HC*. Estelionato. Quadrilha. Exceção de suspeição indeferida. Revisão do julgado. Impossibilidade. Via eleita inadequada. Necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório. Inimizade capital não evidenciada de plano. Magistrado com atuação regular. Ordem denegada.
> 1 - Hipótese na qual se requer o reconhecimento da suspeição do Magistrado singular, sob o fundamento deste ter exigido a renúncia do primeiro patrono do paciente, de ter constrangido deliberadamente uma testemunha arrolada pelo órgão ministerial, humilhando-a e desmoralizando-a, tendo, ainda, ouvido outro depoimento sem o crivo do contraditório e noticiado estar sofrendo ameaças através de ligações efetuadas para o telefone privado do gabinete, tendo atribuído tal conduta indevidamente ao réu, sendo, portanto, indevidamente parcial e inapto para presidir a ação penal.
> 2 - Os documentos constantes dos autos em nada desabonam a conduta do Magistrado no decorrer de sua atuação no processo referente ao acusado.
> 3 - O fato de o Juiz ter noticiado, ou mesmo sofrido ameaças não implica, por si só, em sua parcialidade no julgamento do processo, no qual se apura a ocorrência de delito praticado pelo suposto ameaçador.

4 - Não se constata, livre de qualquer controvérsia, o fato de o Juiz de Direito que atua no presente feito ter qualquer tipo de relação pessoal com o acusado ou com os co-réus, não sendo possível se concluir, como requer a defesa, pela suspeição do Juízo [...] (*HC* 83510/PE, Rel. Ministra Jane Silva, *DJ* de 10.12.07).

Dito isso, não demonstrada a existência de qualquer relação pessoal entre as partes capaz de configurar a inimizade capital alegada, na verdade, o que noto é que de uma maneira desesperada tenta o excipiente afastar o Magistrado do julgamento de seus feitos, sem conseguir comprovar, contudo, a parcialidade desse Juiz, não havendo como ser acolhida, assim, a exceção.

Pelo exposto, rejeito a exceção.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HÉLCIO VALENTIM e MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS.

Súmula - REJEITARAM A EXCEÇÃO.

...

Falsa identidade - Autodefesa - Direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF) - Princípio da legalidade (art. 5º, II, CF) - Colisão - Elementos constitutivos do tipo - Presença - Conduta típica

Ementa: Falsa identidade. Ré que fornece nome falso durante a prisão. Art. 5º, II e LXIII, da CF. Colisão. Silêncio e declaração. Antítese. Absolvição em primeiro grau. Condenação. Necessidade.

- O agente não tem o direito de atribuir-se falsa identidade na medida em que a garantia do silêncio a que se refere o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal se contrapõe à garantia do art. 5º, II, da mesma norma fundamental, disposição que dá suporte legal à tipificação do art. 307 do Código Penal que veda a própria conduta.

Recurso provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0112.08.084791-9/001 - Comarca de Campo Belo - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelada: Gilça Aparecida da Silva - Corréu: Célio Teixeira - 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 Ediwal José de Morais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM PROVER O RECURSO, VENCIDO O 2º VOGAL.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2011. - *Judimar Biber* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JUDIMAR BIBER - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público, contra a sentença de f. 256/266, que julgou improcedente a denúncia, para absolver a acusada Gilça Aparecida da Silva da imputação pela prática do delito descrito no art. 307 do Código Penal, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais (f. 268/273), busca a acusação a reforma da sentença, a fim de que seja a apelada condenada nas iras do art. 307 do Código Penal, ao argumento de que restou suficientemente comprovada a configuração do delito de falsa identidade.

O recurso foi contra-arrazoado às f. 282/285.

Nesta Instância revisora, f. 327/330, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Pugna o apelante pela condenação em relação ao delito de falsa identidade, argumentando que a circunstância em que ocorreram os fatos demonstra que a ré tinha a intenção de livrar-se da responsabilidade, bem como obter vantagem própria ao ver o seu nome excluído do inquérito policial.

Segundo narra a denúncia, na data de 07.11.2008, por volta das 15h44min, após informação anônima, policiais militares dirigiram-se à Rua São Vicente de Paula, Bairro Arnaldos, na cidade de Campo Belo onde abordaram um casal dentro de um bar fazendo uso de bebida alcoólica.

Realizada a busca pessoal, foi encontrado com o corréu um tablete de substância entorpecente pesando cerca de 880g (oitocentos e oitenta gramas), que, conforme laudo de constatação preliminar de f. 23, confirmou que se tratava de maconha, além de R$ 31,00 (trinta e um reais), 1 (um) cordão dourado e 2 (dois) aparelhos celulares da marca Nokia 1100.

Em seguida, a ré, após ser indagada sobre seus dados pessoais, se atribuiu falsa identidade, dizendo chamar-se Emily Aparecida Silva, filha de Edson Carvalho dos Santos e Camila Aparecida da Silva, com a finalidade de dificultar a ação policial em proveito próprio.

A materialidade e a autoria do crime estão consubstanciadas no boletim de ocorrência de f. 18/19, bem como pela confissão da recorrida.

Em relação ao delito de falsa identidade, a ilustre Magistrada, ao abordar a questão e concluir por absolver a ré, o fez levando em consideração que a identificação falsa da ré perante a autoridade policial fora tão somente no intuito de ocultar seus antecedentes, exercendo seu lídimo direito de autodefesa, o que, sob a sua ótica, não poderia ser considerado para fins de punição do agente.

A questão, ora em debate, sobre o direito ou não de o indivíduo apresentar-se ou declarar ser outra pessoa tem causado discussões assíduas sobre o delito do art. 307 do Código Penal, sendo que a controvérsia estabelecida tem partido da premissa de que o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal daria suporte à ação assumida pela ré, sendo que faltaria ao agente a específica intenção de obter proveito no fato de se atribuir falsa identidade, o que vem sendo atualmente chancelado pelo Superior Tribunal de Justiça como verdade jurídica consolidada.

Em que pesem as ponderações daquela posição supostamente consolidada, nem com muito esforço lógico consegui alcançar o entendimento.

É que, sob a ótica constitucional, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme preceito garantido no art. 5º, II, da Constituição Federal, de modo que, muito embora haja possibilidade de o agente buscar sua autodefesa, pela via da atribuição falsa de identidade, tal ação não se mostra legítima do ponto de vista jurídico, exatamente em virtude do tipo penal do art. 307 do Código Penal.

A colisão entre ambas as normas constitucionais do art. 5º, II e LXIII, da Constituição Federal suscitaria a virtual prevalência do primeiro preceito, porque a chancela do direito ao silêncio do preso não poderia abarcar a falsidade declarada de forma específica.

Se a própria legislação penal não autoriza o agente a se atribuir falsa identidade para obter proveito próprio, e este mesmo agente, perante qualquer pessoa, seja de direito público, seja de direito privado, declara ser pessoa diversa da que efetivamente é, não há dúvida de que todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo estão presentes, possa ou não o Estado ter meios para averiguar a sua condição pessoal, porque o crime se exauriu, por ser de mera conduta.

Na verdade, estou perplexo diante das considerações expendidas pelo Superior Tribunal de Justiça de que o recurso de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial quando da prisão teria fundamento no direito constitucional de silêncio, na forma do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, até porque o próprio argumento representa uma contradição interna, já que o agente teria realizado a declaração, mostrando-se ilógica a sustentação do fundamento.

Por outro lado, o delito consuma-se com o fato de atribuir-se identidade diversa, não exigindo quaisquer ulteriores consequências, de modo que seria mesmo uma temeridade supor que o fato do descobrimento posterior da ação desenvolvida pudesse gerar ineficácia da conduta, mesmo porque a assertiva está baseada numa mera suposição de que o Estado realmente teria condições de realizar a identificação do preso.

Tal suposição, cujo conteúdo de realidade é inexistente pelo só volume de indivíduos existentes nesta imensa nação e a precariedade de busca de todas as informações nacionais para fins de identificação, já seria motivo suficiente para afastar a pretendida desqualificação típica.

O direito ao silêncio do preso jamais alcançaria o fato de ele atribuir-se falsa identidade, pela só antítese entre a declaração e o silêncio.

Muito embora não haja norma jurídica que imponha o dever do preso de falar a verdade, o que abarcaria o direito de mentir sobre os fatos que estão sendo objeto de apuração, em face do que dispõe o art. 5º, II, da Constituição Federal, tal direito não alcança o fato de se atribuir falsa identidade, porque o art. 307 do Código Penal veda tal ação quando a tipifica como antijurídica.

De outro lado, não comungo do entendimento difundido de que inexista dolo específico a sustentar a ação desenvolvida, porque não há dúvida de que o proveito a que se refere a norma penal pode ser material ou imaterial, como no caso dos autos, onde a ré pretendia enganar a autoridade policial, por receio de ser exposta à família sua condição de garota de programa.

Não há nenhuma causa jurídica capaz de afastar a tipicidade da ação, sendo o crime de mera conduta.

Por outro lado, em mais de uma oportunidade estamos a decidir incidentes de execução em que terceiros acabam na cadeia em função da ação realizada pelo real agente, o que, ao meu aviso, suporta a conclusão de que a ação é de fato potencialmente danosa e absolutamente não querida pela legislação penal.

É por essas mazelas que tenho afirmado que a só existência de razões sociológicas, axiológicas ou doutrinárias não justificaria o afastamento do tipo penal legislado, mesmo porque ao juiz, ainda que não concorde com o conteúdo normativo latente na norma de proibição ou da de orientação e com ele não se alinhe intimamente, não se lhe confere o poder de subtrair-se ao ordenamento jurídico, senão nas hipóteses discricionárias ou de colisão da norma com o modelo constitucional vigente.

Diria, mais, que os aspectos metajurídicos a condicionar a tipicidade, como justificativa para o afastamento do tipo penal, ou mesmo a aplicação do direito penal alternativo, mínimo, máximo, ou de qualquer natureza, sugeridos como institutos existentes no direito penal brasileiro, pressuporiam a existência de norma penal a

lhe dar sustentação material, mormente quando a Constituição Federal tenha por base o modelo de distribuição de competências rígidas que são acometidas aos três poderes que ainda devem manter harmonia e independência entre todos.

Tenho alertado que, a vingar a visão utilitarista da possibilidade de desqualificação da norma de orientação impositiva, por certo não haveria fundamento para dar efetividade a uma série de políticas criminais suscitadas em virtude das mesmas razões. No entanto, não foi conferido ao Poder Judiciário discricionariedade na aplicação da lei penal. Se não lhe foi imposta a estrita legalidade como princípio de atuação, muito menos lhe foi acometido o poder de avaliar, ou reavaliar as políticas declinadas pelo Poder Legislativo a conduzirem a fixação da pena, e diria que somente o Legislativo seria o local próprio para a discussão e a rediscussão a respeito do próprio conteúdo normativo e das condições sociais e criminológicas a suscitarem a tipicidade penal ou a orientarem a sua imposição, porque de outro lado estaria o juiz criando uma grave deformação ao ordenamento jurídico hodierno.

Tenho mesmo alardeado a necessidade de maiores aprofundamentos sobre os aspectos mais imediatos a sustentarem as ponderações metajurídicas ou axiológicas a subtraírem a tipicidade penal, porque os próprios subterfúgios utilizados estão a inviabilizar qualquer tipo de contenção do julgador na avaliação da norma de proibição e da imposição penal, porque o elastério hermenêutico sugerido pelo afastamento conduz à ideia de que toda decisão jurisdicional, até mesmo no âmbito estrito do Direito Penal, estaria condicionada aos alinhamentos e tendências internas de cada Juízo, sustentando a ideia de que a imposição penal independeria da própria norma de contenção, o que nos remete à reflexão de que muito pouco adiantaram as constatações seculares a respeito da necessidade de limitação do Poder Real, que foi substituído pelo modelo de representação legislativa e de divisão tripartite de Poderes, porque, ao final, se o Poder Judiciário simplesmente se furta à legislação ou à política legislativa fixada para aplicar modelos metajurídicos, por certo que os julgamentos seriam tão arbitrários daqueles de antanho, já que a própria jurisdição independeria de lei ou regra e resultaria das predisposições internas, ou mesmo do capricho de cada julgador.

Estivéssemos diante de modelo constitucional diverso, certamente as ponderações aqui expendidas seriam de todo inadequadas, porque em modelos outros a jurisdição é o caminho para a própria imposição legal.

Destaco, por outro lado, precedente partido do Supremo Tribunal Federal a dar sustentação à própria tipicidade nas condições aqui declinadas; se não, vejamos:

> Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Crime de roubo: consumação. Falsa identidade. Seqüestro.
> I - Crime de roubo: consuma-se quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, consegue retirar a coisa da esfera de vigilância da vítima.
> II - Tipifica o crime de falsa identidade o fato de o agente, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes.
> III - Crime de seqüestro não caracterizado.
> IV - Extensão ao co-réu dos efeitos do julgamento, no que toca ao crime de seqüestro.
> V - *HC* deferido em parte (STF - *HC* 72.377/SP - 2ª T. - Rel. Min. Carlos Velloso - *DJU* de 30.06.1995, p. 20.409).

Também em caso análogo, o Excelso Pretório afastou os argumentos; se não, vejamos:

> *Habeas corpus*. Penal. Uso de documento falso. Atipicidade. Inocorrência. - O fato de o paciente ter apresentado à Polícia identidade com sua foto e assinatura, porém com impressão digital de outrem, configura o crime do art. 304 do Código Penal. Havendo adequação entre a conduta e a figura típica concernente ao uso de documento falso, não cabe cogitar de que a atribuição de identidade falsa para esconder antecedentes criminais consubstancia autodefesa. Ordem denegada (STF - *HC* 92.763/MS - 2ª T. - Rel. Min. Eros Grau - *DJe* de 25.04.2008).

E é por essas mazelas que muitas vezes estou a refletir e repisar temas aceitos como óbvios por todos, declinando condição contrária, suscitando outros aspectos a serem considerados, porque, ao me dar conta de determinadas posições defendidas, fiquei a duvidar do acerto sobre várias das questões que foram acometidas ao longo de minha curta carreira na magistratura em função das complexidades que me assaltam diuturnamente neste egrégio Tribunal.

Aliás, tenho alertado para o fato de que a chancela pura e simples de precedentes, sem maiores reflexões, acaba por gerar verdadeiras deformações no ordenamento jurídico, de modo que, pedindo escusas aos que pensem de modo contrário, fico como os precedentes do Supremo Tribunal Federal por não vislumbrar a mínima condição para dar sustentação à absolvição.

No caso dos autos, a própria ré afirmou ter utilizado o nome falso (Emily Aparecida Silva), alegando que tinha medo de os pais descobrirem sua atividade como garota de programa, o que poderia prejudicar ainda mais a saúde dos mesmos (f. 10/11 e 130/131), sendo irrelevantes as razões suscitadas, já que o crime é de mera conduta, não exigindo real resultado.

Logo, conforme já mencionado, não há nenhuma causa jurídica capaz de afastar a tipicidade da ação, sendo o crime de mera conduta. Por conseguinte, pedindo escusas à culta Juíza sentenciante, reformo a sentença e condeno a ré Gilça Aparecida da Silva pelo delito do art. 307 do Código Penal.

Passo à dosimetria da pena.

Considerando que a conduta da ré é reprovável, mas sua intensidade não ultrapassa a normal do tipo

penal, o que a abona. Considerando seus antecedentes como bons, pela certidão juntada à f. 52, o que também a abona. Considerando sua conduta social como inadequada, mormente quando se revele garota de programa, o que a desabona. Considerando sua personalidade pouco explorada, o que não revela maiores condições de culpabilidade, o que a abona. Considerando os motivos do crime normais para o tipo, o que a abona. Considerando as circunstâncias normais dentro do próprio tipo, o que a abona. Considerando as consequências do delito como positivas, já que a própria ré confessou ter se utilizado de nome falso, o que a abona, não havendo que se considerar o comportamento da vítima, o que não pode ser utilizado para desabonar a ré, fixo a pena base em 3 (três) meses de detenção, a serem cumpridos em regime aberto.

Dando continuidade ao critério trifásico de fixação da pena, previsto no art. 68 do Código Penal, percebo a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes, já que, muito embora a ré tenha confessado o delito, foi a pena fixada no mínimo legal, de modo a inviabilizar a redução aquém do mínimo na etapa subsequente e inviabilizar a pretendida diminuição; se não, vejamos a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

> *Habeas corpus*. Pena-base. Circunstâncias atenuantes: menoridade e confissão espontânea. Regime inicial de cumprimento da pena. Agravamento desprovido de fundamentação. Art. 33, § 3º, c/c o art. 59 do Código Penal. - Não assiste razão à impetração quando impugna o critério de fixação da pena-base, que não considerara as circunstâncias atenuantes decorrentes da confissão espontânea e da menoridade de vinte e um anos do paciente. Segundo entendimento desta Corte, descabe falar dos efeitos da atenuante se a sanção penal foi fixada no mínimo legal previsto para o tipo (*HC* 71.051, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 09.09.94 e *HC* 70.833, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 24.06.94). Concessão parcial da ordem para que outra decisão se profira, no tocante à fixação do regime de cumprimento da pena, com observância dos critérios previstos nos dispositivos legais sob enfoque (STF - *HC* 75.726/SP - 1ª T. - Rel. Min. Ilmar Galvão - *DJU* de 06.02.1998).

Outro não é o entendimento consignado na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que prenuncia que a "incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

De outro lado, a Súmula Criminal 42, deste egrégio Tribunal de Justiça, vem no sentido de que nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado, razão por que mantenho as penas naqueles patamares.

Na terceira fase da reprimenda, inexistindo causas gerais de aumento ou diminuição de pena, mantenho a pena no patamar verificado.

Ainda dentro das condições dos autos, possível a substituição da pena privativa de liberdade por 1 (uma) restritiva de direitos, na forma do art. 44, § 2º, primeira parte, do Código Penal, cuja modalidade determino como sendo prestação pecuniária no valor de um salário-mínimo, a ser paga em benefício de instituição a ser definida pelo Juízo da Execução, nos termos do art. 45, § 1º, do Código Penal.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso ministerial para julgar procedente a denúncia e condenar a ré Gilça Aparecida da Silva pelo delito do art. 307 do Código Penal, impondo-lhe uma reprimenda de 3 (três) meses de detenção, a ser iniciada diretamente no regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, consistente em pagamento de um salário-mínimo, a ser paga em benefício de instituição a ser definida pelo Juízo da Execução.

Com o trânsito em julgado, acometo ao Juízo da Execução o lançamento do nome da ré Gilça Aparecida da Silva no rol dos culpados, preenchendo-se e remetendo-se o boletim de informações à Secretaria de Segurança Pública e expedindo-se carta de guia ao Conselho Penitenciário do Estado, solicitando vaga em estabelecimento prisional adequado à condenação.

Determino ainda, também com o trânsito em julgado, que o Juízo a que for acometida a execução promova informações oficiais ao Juízo Eleitoral da comarca em que for eleitora a referida ré, para que conste dos cadastros eleitorais a suspensão dos direitos políticos enquanto durarem os efeitos da condenação, nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal.

Custas, pela ré recorrida, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Com o Relator.

DES. FLÁVIO LEITE - Adoto como relatório o integrante do voto do ilustre Desembargador Relator.

Contudo, pesa-me divergir quanto à sorte do recurso ministerial, que, penso, deve ser improvido.

Como o Juízo primevo, entendo que a atribuição de falsa identidade perante a autoridade, como se deu no caso, para tentar se esquivar da ação ostensiva e punitiva do Estado, não é mais do que o exercício de autodefesa, consoante os direitos ao silêncio (art. 5º, LXIII e § 2º, da CR), de não ser obrigado a depor contra si, nem a confessar-se (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 14, 3, *g*) e de não declarar-se culpado (Pacto de San José da Costa Rica, art. 8º, 2, *g*), todos direitos constitucionalmente garantidos. Dessa forma, a conduta não se enquadra no tipo penal descrito no art. 307, que, além de exigir dolo, exige o fim de obter vantagem.

O ilustre Des. Hélcio Valentim, em voto proferido na Apelação Criminal 1.0672.06.225555-5/001, citando julgado extraído da *RT* 561/361, definiu que:

O conceito de vantagem significa a obtenção de um *plus*, que adere ao patrimônio do agente, ao passo que a liberdade procurada com a mentira é simples continuação de um estado natural a que todo homem pode e deve almejar.

Ao atribuir-se identidade de terceiro, a apelada desejou tão somente permanecer em liberdade. Nesse sentido leciona Guilherme de Souza Nucci:

não é infração penal a conduta do agente que se atribui falsa identidade para escapar da ação policial, evitando sua prisão. Está, em verdade, buscando fugir ao cerceamento da sua liberdade. Ora, se a lei permite que a pessoa já presa possa fugir, sem emprego de violência, considerando isso fato atípico, é natural que a atribuição de falsa identidade para atingir o mesmo fim também não possa assim ser considerada (*Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 1.086).

É nesse mesmo sentido a jurisprudência dominante do STJ:

Habeas corpus liberatório. Penal. Paciente condenado por falsa identidade. Atipicidade da conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, quando perpetrada como instrumento de autodefesa. Precedentes do STJ. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem concedida, no entanto, para absolver o paciente da imputação do crime de falsa identidade.
1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não comete o delito previsto no art. 307 do CP o réu que, diante da autoridade policial, atribui-se falsa identidade, em atitude de autodefesa, porque amparado pela garantia constitucional de permanecer calado, *ex vi* do art. 5º, LXIII, da CF/88.
2. Ordem concedida para absolver o paciente da imputação do crime de falsa identidade, não obstante o parecer ministerial em contrário. Prejudicados os demais pedidos (STJ - *HC* 162.576/SP - *HC* 2010/0027549-0 - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - Quinta Turma - julgado em 22.06.2010 - *DJe* de 09.08.2010).

Penal. *Habeas corpus*. Art. 307 do Código Penal. Falsa identidade atribuída perante policial. Atipicidade. Art. 155, § 4º, II e IV, c/c o art. 14, II, do Código Penal. Dosimetria da pena. Pena-base acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Culpabilidade, personalidade e motivos do crime. Fundamentação insuficiente. Maus antecedentes. Reincidência. Condenações diversas. Inocorrência de *bis in idem*. Atenuante da confissão espontânea. Compensação em face da existência da agravante da reincidência. Ilegalidade não verificada. Furto qualificado por escalada. Circunstância que qualifica o crime. Causa de aumento não prevista em lei. Constrangimento ilegal configurado. Regime aberto. Impossibilidade.
I - Na linha de precedentes desta Corte, não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal aquele que, perante a autoridade policial, se atribui falsa identidade para evitar sua prisão (Precedentes) [...] (STJ - *HC* 134.664/MS - 2009/0076441-1 - Rel. Min. Félix Fischer - Quinta Turma - julgado em 17.11.2009 - *DJe* de 1º.02.2010).

Habeas corpus. Crime de falsa identidade. Autodefesa. Atipicidade da conduta. Ordem concedida.
1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que não comete o crime de falsa identidade aquele que, perante autoridade policial, se apresenta com outro nome, procurando ocultar antecedentes criminais negativos.
2. Ordem concedida (STJ - *HC* 152.800/MG - *HC* 2009/0218671-8 - Rel. Min. Haroldo Rodrigues - Sexta Turma - julgado em 18.02.2010 - *DJe* de 08.03.2010).

Ademais, o Estado tem o dever de proceder à identificação daquele que está sendo indiciado, independentemente de colaboração, cabendo-lhe disponibilizar à autoridade policial aparato suficiente para tanto.

Por isso é que ouso divergir do eminente Relator para negar provimento ao apelo ministerial, mantendo incólume a sentença fustigada.

Súmula - RECURSO PROVIDO, VENCIDO O 2º VOGAL.

...

Crime contra o meio ambiente - Unidade de conservação - Dano - Princípio da insignificância - Aplicação - Inadmissibilidade - Ausência de previsão no ordenamento jurídico - Flora - Bem de uso comum - Dever de preservação

Ementa: Apelação. Crime ambiental. Flora. Pequena área desmatada. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Absolvição. Impossibilidade. Meio ambiente. Bem de uso comum e essencial. Custas processuais. Isenção. Inteligência do art. 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03. Recurso parcialmente provido.

- Impossível falar em absolvição pela incidência do princípio da insignificância, se o referido princípio não encontra assento no ordenamento jurídico pátrio. O meio ambiente - notadamente a flora - é bem de uso comum e essencial, dessa forma, o dano a ele provocado atinge toda a coletividade, razão pela qual não pode ser considerado insignificante.

- Tratando-se de réu hipossuficiente, assistido pela Defensoria Pública, deve ser isentado do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 10, II, da Lei Estadual nº 14.939/03.

Recurso provido em parte.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0056.05.107194-4/001 - Comarca de Barbacena - Apelante: Sebastião Inácio da Silveira - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de março de 2011. - *Agostinho Gomes de Azevedo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Sebastião Inácio da Silveira foi denunciado pelo Órgão Ministerial às f. 02/03, como incurso nas sanções do art. 40 da Lei nº 9.605/98.

Segundo se infere da denúncia, no dia 18 de maio de 2005, no sítio Raposão, Distrito de Pinheiro Grosso, na Comarca de Barbacena, ao patrulharem a região, policiais militares depararam com o acusado "realizando intervenção antrópica numa área de preservação permanente de aproximadamente 0,3ha".

Consta que o denunciado, utilizando uma máquina conhecida como "Patrola", efetuava terraplanagem em área constituída anteriormente por um brejo, portanto, considerada de preservação permanente, consistindo em uma unidade de conservação, conhecida como "olho d'água", causando dano direto à mesma.

A denúncia foi recebida em 23 de novembro de 2007 (f. 45).

O acusado foi regularmente citado às f. 47/48, não tendo comparecido ao interrogatório (f. 49), razão pela qual foi decretada sua revelia e nomeado defensor dativo para sua defesa (f. 50), tendo sido apresentada defesa prévia à f. 51.

A audiência de instrução e julgamento foi realizada em 21 de janeiro de 2009, tendo havido a inquirição de duas testemunhas arroladas pela acusação (f. 60/62).

Tendo sido dada vista às partes para a apresentação das alegações finais, o Ministério Público as apresentou às f. 64/67 e a defesa, às f. 69/73.

Sentença às f. 79/98, em que foi julgada procedente a denúncia, restando o réu Sebastião Inácio da Silveira condenado, como incurso nas sanções do art. 40 da Lei nº 9.605/98, a uma pena de 1(um) ano de reclusão, em regime aberto. Ato contínuo, o douto Juiz *a quo* substituiu a pena corporal por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, apelou o réu (f. 102 e 104/110), pugnando, em síntese, pela sua absolvição em razão do princípio da insignificância, haja vista que a área degradada é de pequena extensão, não tendo havido dano significativo ao meio ambiente.

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo improvimento do recurso (f. 112/117).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 123/127).

É o relatório.

Conheço da apelação, visto que presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Não havendo preliminares arguidas, nem qualquer vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

A autoria e a materialidade restaram devidamente comprovadas nos autos pela robustez do conjunto probatório carreado, não tendo a defesa se levantado a esse respeito.

No que tange à aplicação do princípio da insignificância, diante do pequeno dano provocado ao meio ambiente, entendo que tal alegação não merece prosperar.

Primeiramente, conforme preceitua o art. 225, *caput*, da Constituição Federal, o meio ambiente é um "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".

Ora, se é um bem de uso comum e essencial, não se pode olvidar qualquer insignificância em relação ao meio ambiente, notadamente em relação à flora, uma vez que o dano a ele provocado atinge toda a coletividade, quanto mais no que tange ao desmatamento.

A esse respeito, uma área de 0,3 hectares não pode, de forma alguma, ser considerada uma área pequena, tampouco insignificante, tanto mais que, conforme laudo pericial de f. 11/17, a reparação natural poderá ocorrer "em aproximadamente um ano se cessadas as atividades no local".

Além disso, no meu entender, o princípio da insignificância tem por finalidade única servir de instrumento orientador do Poder Legislativo no momento de fazer a seleção das condutas que serão consideradas relevantes para o Direito Penal, o que se dará com base no grau de lesividade ao bem jurídico tutelado.

O princípio da insignificância não encontra assento em nossa legislação, tampouco é previsto no Código Penal, como pretende fazer crer a defesa, daí sua aplicação pelo Poder Judiciário para fins de afastamento da tipicidade material implica ofensa ao princípio da reserva legal, bem como ao princípio da independência dos Poderes, visto que estaria o Judiciário usurpando de função inerente ao Poder Legislativo.

Sobre o tema, trago a comento os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt, *in verbis*:

> [...] 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 (art. 98, I, da CF) 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 comparadas a outros bens como a vida e a liberdade sexual, são social e penalmente relevantes [...] (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral I. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51).

No mesmo sentido, é a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

Crime ambiental. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. - Sendo o meio ambiente um bem jurídico reconhecido como verdadeiro direito humano fundamental (art. 225, CF/88), em que se lhe reconhece a natureza de patrimônio de toda a humanidade, assegurando-se a esta e às futuras gerações sua existência e exploração racional, impossível acolher a tese de que eventual lesão seja insignificante aos olhos do direito penal. Recurso improvido (TJMG - AC nº 2.0000.00.486599-8/000 - Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos - j. em 17.05.2005 - publ. em 18.06.2005).

Apelação criminal. Crime ambiental. Corte de árvores em área de preservação permanente. Art. 39 da Lei 9.605/98. Princípio da insignificância inaplicável. Conduta reiterada. Erro de proibição inocorrente. Ausência de confissão espontânea. Condenação mantida. Redução da pena-base. Circunstâncias judiciais favoráveis.
I - O princípio da insignificância é de aplicação excepcional quando o caso envolve delito contra o meio ambiente, bem jurídico merecedor de especial proteção no contexto atual.
II - Não se afigura crível a hipótese de erro sobre a ilicitude do fato, notadamente tendo em conta a ampla divulgação que se tem dado aos crimes ambientais, sendo notória a proibição de corte de árvores sem autorização do Poder Público (TJMG - AC nº 1.0518.04.067596-0/000 - Rel. Des. Matheus Chaves Jardim - j. em 02.09.2010 - publ. em 24.09.2010).

Ademais, não pode o aludido princípio constituir válvula de escape para a impunidade de criminosos.

Agasalhar a tese em questão significaria tornar "insignificantes a moral, a ética e os bons costumes", fato que causaria verdadeira balbúrdia na ordem pública, trazendo intranquilidade social, pois todos, indistintamente, estariam autorizados a danificar o meio ambiente impunemente, desde que a área afetada fosse "pequena".

Não vejo, pois, como acolher o pleito absolutório, uma vez que a condenação proferida em primeira instância se encontra firmemente amparada nos elementos de prova amealhados durante a persecução penal.

Considerando que a defesa do apelante foi patrocinada por defensor público, isento-o do pagamento das custas processuais.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, apenas para isentar o apelante do pagamento das custas processuais, mantidas as demais cominações da r. sentença fustigada.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DUARTE DE PAULA e HÉLCIO VALENTIM.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

...

Competência originária - Prefeito municipal - Dispensa de licitação - Ministério Público - Investigação administrativa - Ilicitude de provas - Prova emprestada - Ampla defesa - Contraditório - Denúncia - Recebimento

Ementa: Processo. Crime de competência originária. Prefeito municipal e outros. Denúncia. Crimes do art. 89, *caput*, e do art. 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Competência. Questão já decidida pelo STJ. Investigação administrativa efetuada no âmbito do Ministério Público. Irrelevância. Ilicitude das provas. Prova emprestada. Validade. Observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Alegação de inépcia da denúncia. Improcedência. Preliminares rejeitadas. Defesas preliminares. Alegação de ausência de justa causa e de improcedência da acusação. Impossibilidade de acolhimento. Denúncia baseada em dados que indicam a efetiva possibilidade de cometimento do delito. Necessidade de apuração dos fatos. Denúncia. Requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Recebimento.

- Se a competência do Tribunal para processamento do feito já foi reconhecida pelo STJ, não cabe discussão a respeito.

- Não é causa de nulidade do processo o fato de o Ministério Público ter procedido a investigações acerca da possível prática de crime por parte de agente político.

- A prova emprestada só deve prejudicar o julgamento de fato delituoso se esta não observar os princípios da ampla defesa e do contraditório.

- Não é inepta a denúncia que descreve as condutas imputadas aos acusados, permitindo sua defesa.

- A denúncia deve ser recebida se os requisitos do art. 41 do CPP estão preenchidos e se a defesa preliminar não

logrou elidir, de plano, o alegado na peça acusatória inicial, impondo suas alegações na realização de instrução probatória.

AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº 1.0000.09.511420-3/000 - Comarca de Jacutinga - Denunciantes: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Procuradoria-Geral de Justiça - Denunciados: Darci de Morais Cardoso - Prefeito Municipal de Jacutinga -, João Bosco Drummond Andrade, Nilton de Aquino Andrade, Nelson Batista de Almeida, Sinval Drummond Andrade, Cleide Maria de Alvarenga Andrade, Luciane Veiga Borges de Almeida - 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 E RECEBER A DENÚNCIA.

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2011. - *José Antonino Baía Borges* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo denunciado Darci de Morais Cardoso, o Dr. Pedro Augusto de Araújo Freitas.

Proferiram sustentações orais, pelos demais denunciados, a Dr.ª Andréa Elizabeth Leão Rodrigues e, pelo denunciante, o Procurador de Justiça Dr. Márcio Gomes de Souza.

DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais oferece denúncia contra Darci de Morais Cardoso, Prefeito Municipal de Jacutinga, como incurso nas sanções do art. 89 da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 29, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, bem como contra João Bosco Drummond Andrade, Nilton de Aquino Andrade, Nelson Batista de Almeida, Sinval Drummond Andrade, Cleide Maria de Alvarenga Andrade e Luciane Veiga Borges de Almeida, dando todos como incursos nas sanções do art. 89 e parágrafo único da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 29, na forma do art. 71, ambos do Código Penal.

Alega a acusação que teria Darci de Morais Cardoso, no exercício do cargo de Prefeito Municipal da Comarca de Jacutinga, em concurso de pessoas com os demais denunciados, dispensado licitação fora das hipóteses previstas em lei, celebrando contratos com o SIM - Instituto de Gestão Fiscal, no período compreendido entre 11.02.2005 e 31.12.2009, sendo certo que todos os coautores e partícipes, que integraram ou não o Poder Executivo Municipal, concorreram para a consumação da ilegalidade e dela se beneficiaram ao celebrar contratos com o Município.

Segundo apurado, em 11.02.2005, teria sido celebrado o primeiro contrato entre a Prefeitura Municipal da Comarca de Jacutinga e o SIM (f. 214/221), mediante procedimento de dispensa de licitação nº 008/2005 (f. 18/228), no valor de R$ 139.427,00 (cento e trinta e nove mil quatrocentos e vinte e sete reais) para o exercício de 2005 e R$ 13.000,00 (treze mil reais) para o exercício de 2006, com vigência até 31.01.2006 (f. 235).

Em 27.01.2006, foi o contrato prorrogado para vigorar até 31.12.2007, mediante pagamento de R$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais) para o exercício de 2006 e R$ 14.000,00 (catorze mil reais) para o exercício de 2007. Já em 08.01.2008, foi o contrato novamente prorrogado, passando a vigorar até 31.01.2009, mediante o pagamento de R$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais) para o exercício de 2008 e R$ 14.500,00 (catorze mil e quinhentos reais) para o exercício de 2009 (f. 247).

Pela terceira vez, em 21.01.2009, teria o Prefeito Municipal prorrogado o contrato com a SIM, passando este a vigorar até 31.12.2008, pelo valor de R$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais) para o exercício de 2008 (f. 248). E, em 17.12.2008, por mais uma vez, teria sido o contrato prorrogado, passando a vigorar até 31.12.2009, ao custo de R$ 116.000,00 (cento e dezesseis mil reais) para o exercício de 2009 (f. 336).

Na celebração do contrato, bem como em suas quatro prorrogações, foi dispensado procedimento licitatório.

Segundo a acusação, a contratação do SIM não poderia dispensar procedimento licitatório, uma vez que, ao contrário do disposto no art. 24, XIII, e no art. 25, II, ambos da Lei nº 8.666/93, possuía a empresa fins lucrativos para a prestação de serviços de consultoria, sendo seus serviços ordinários e rotineiros, pelo que poderiam ser prestados por várias outras empresas que, se chamadas a procedimento licitatório, certamente ofereceriam ao Município condições de contratação mais vantajosas.

Registra a acusação, de forma individualizada, a participação dos acusados nos delitos a eles imputados, afirmando que a SIM - Sistemas - e o SIM - Instituto -, mediante atos de captação de vontade dos sócios e diretores Nilton de Aquino Andrade, Nelson Batista de Almeida e Sinval Drummond Andrade, levaram Darci de Morais Cardoso, Prefeito Municipal de Jacutinga, a indevidamente dispensar licitação para a contratação do SIM - Instituto de Gestão Fiscal -, celebrando o Contrato de

Prestação de Serviços nº 012/2005 e quatro sucessivas prorrogações, mediante assinatura do também acusado João Bosco Drummond Andrade (f. 214/221, 235, 247/248 e 336).

Afirma, ainda, o Ministério Público que Nilton de Aquino Andrade, Nelson Batista de Almeida e Sinval Drummond Andrade se beneficiaram diretamente dos contratos realizados com o Município mediante a venda e transferência de ativos para a empresa 3D Participações Ltda., da qual eram os únicos sócios, de forma a permitir que parte das receitas auferidas pelo SIM fosse a eles repassada por meio de remuneração pelo uso desses ativos.

Por fim, afirma que Cleide Maria de Alvarenga Andrade e Luciane Veiga Borges de Almeida, como responsáveis pela administração única e tesouraria do SIM - Instituto e Grupo SIM, eram pessoas fundamentais na emissão de cheques, realização de pagamentos e representação das empresas perante repartições federais, estaduais, municipais, autárquicas e bancárias, viabilizando a contratação do SIM - Instituto mediante dispensa de licitação (f. 02/48).

Nos termos do art. 4º e seus parágrafos da Lei nº 8.038/90, c/c a Lei nº 8.658/93, foram os denunciados notificados para a apresentação de defesa preliminar (f. 1.034).

Os acusados João Bosco Drummond Andrade, Nilton de Aquino Andrade, Nelson Batista de Almeida, Sinval Drummond Andrade, Cleide Maria de Alvarenga Andrade e Luciane Veiga Borges de Almeida manifestaram-se conjuntamente, às f. 1.064/1.089, juntando os documentos de f. 1.090/2.323, alegando, preliminarmente, a incompetência do juízo para processamento do feito, a ilicitude das provas extraídas do Inquérito nº 603-STJ e a inépcia da denúncia, já que ausente descrição individualizada dos fatos, incorrendo o Ministério Público na imputação de responsabilidade objetiva aos acusados. No mérito, afirmam que falta justa causa para oferecimento da denúncia, ausente dolo específico dos acusados e dano ao erário, pedindo a rejeição da denúncia.

Darci de Morais Cardoso, por sua vez, manifestou-se às f. 2.334/2.356, alegando, em preliminar, que o Ministério Público não possui legitimidade para presidir de forma exclusiva investigação criminal e que inepta seria a denúncia. No mérito, afirma que deve ser rejeitada a denúncia, ante a ausência de fato típico, não se enquadrando as condutas do denunciado no tipo penal a ele imputado, seja por atipicidade de sua conduta, seja por erro de tipo, não tendo o acusado consciência da ilicitude do fato por ele praticado. Afirma, ainda, que não há dolo algum na conduta a ele imputada ou prejuízo causado ao erário. Pede, pois, a rejeição da denúncia, por ausência de justa causa.

Ajuizada exceção de incompetência, declinei da competência para processamento do feito ao Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão de f. 2.361/2.363.

Entretanto, o em. Min. Castro Meira, conforme decisão de f. 2.380/2.382, determinou o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Novamente instada a se manifestar, a d. Procuradoria ratificou o pedido de recebimento da denúncia, sendo ainda pela rejeição das preliminares suscitadas (f. 2.390/2.423).

Decido.

Das preliminares.

De início, cumpre examinar as preliminares de nulidade da denúncia suscitadas pelos acusados.

Afirma a defesa de João Bosco Drummond Andrade, Nilton de Aquino Andrade, Nelson Batista de Almeida, Sinval Drummond Andrade, Cleide Maria de Alvarenga Andrade e Luciane Veiga Borges de Almeida que incompetente seria este Tribunal para o processamento do feito.

Entretanto, a competência para conhecimento e para apreciar e julgar o presente feito já foi decidida pelo STJ, conforme decisão proferida pelo em. Min. Castro Meira às f. 2.380/2.382, pelo que prejudicada a análise do suscitado.

Rejeito a preliminar.

Sustenta a defesa de Darci de Morais Cardoso, em preliminar, que o Ministério Público não possui legitimidade para presidir de forma exclusiva investigação criminal, não pode substituir a autoridade policial e judicial na investigação de possível prática de infração criminal.

Inúmeros são os argumentos no sentido de que não se pode negar ao Ministério Público o poder de proceder a investigações administrativas, mesmo quando se trata de prática de possível infração criminal.

A propósito, é o que leciona Hugo Nigro Mazzilli (*Manual do promotor de justiça*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 122-123).

É, ainda, Hugo Nigro Mazzilli quem sustenta que

> a regra é a de que a investigação de crimes, na fase pré-processual, seja feita por meio da atividade de polícia judiciária. Por certo se inclui, entre as exceções à regra, a investigação de crimes por iniciativa ministerial nas investigações administrativas presididas por órgão do Ministério Público (art. 129, VI) [...] (Ob. cit., p. 178-179).

Parece mesmo que a norma do inciso IX do art. 129 da Constituição Federal estaria a deixar aberta a possibilidade de o Ministério Público não apenas acompanhar o desenrolar do inquérito policial, mas de instaurar procedimento administrativo para apurar infrações penais, o que, à parte a questão jurídica, se mostra, muitas das vezes, absolutamente necessário, tendo em vista diversas situações práticas em que a apuração dos fatos pela polícia se revela muito mais difícil de ser realizada, sobretudo porque os membros do MP possuem total independência e segurança no exercício de suas atribuições, o que não ocorre com as autoridades policiais.

Por fim, tenho repetidamente, em julgamentos nesta Segunda Câmara Criminal, entendido da possibilidade de tais investigações pelo Ministério Público.

A propósito, foi o que restou decidido quando do julgamento da Apelação Criminal nº 1.0348.06.-500010-4/001, da Comarca de Jacuí, da qual fui Relator.

É também o que restou decidido na Apelação Criminal nº 1.0132.05.001502-4/00, de que foi Relator o eminente Des. Renato Martins Jacob, de cujo acórdão se extrai o seguinte trecho, constante de sua ementa:

> A legitimidade do Ministério Público para proceder às investigações preliminares decorre de sua própria função constitucional - titular exclusivo da ação penal pública -, cabendo-lhe, para tanto, a coleta de elementos de convicção, a fim de apurar a materialidade e a autoria delitivas (Data do julgamento: 16.04.2009 - Data da publicação: 11.05.2009).

Rejeito a preliminar.

Alegam as defesas que ilícitas são as provas constantes dos autos, uma vez que extraídas do Inquérito nº 603-STJ e produzidas por Juízo incompetente.

Entretanto, tem-se que as provas produzidas pelo Inquérito 603-STJ são aquelas a que chamamos de "prova emprestada" e podem embasar o oferecimento da denúncia em virtude da prática de outro ilícito que não o investigado nos autos do citado inquérito, desde que respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

No caso em questão, é o processo instruído por meio de peças e documentos extraídos de procedimento investigatório em momento processual oportuno, em sede de inquérito policial, sendo observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, haja vista a possibilidade de apresentação de tese de defesa pelos denunciados antes mesmo do recebimento da denúncia, conforme Lei nº 8.038/90.

Ressalto, ainda, que eventual irregularidade contida no inquérito policial não acarreta nulidade do processo, sendo ele mera peça informativa, cuja finalidade é a de fornecer ao titular da ação penal elementos que o habilitem a promovê-la.

Rejeito a preliminar.

Por fim, melhor sorte não têm as defesas ao aduzirem ser inepta a denúncia.

A exposição das condutas expostas na denúncia (f. 02/48) se deu de forma clara e objetiva, com todas as circunstâncias e, diversamente do sustentado pelas defesas dos acusados, restaram demonstrados a prova da materialidade e os indícios de autorias, atribuídos individualizadamente aos acusados.

Nesse sentido, não há dúvida de que a participação de cada um dos denunciados restou suficientemente delineada na exordial acusatória.

Certo é que a descrição particularizada do delito imputado permitiu aos denunciados o regular exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Por isso mesmo, não cabe falar em desatendimento da norma do art. 41 do CPP.

Portanto, rejeito a preliminar.

Rejeitadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

Do mérito.

No mérito, entendo que as alegações dos acusados envolvem o exame aprofundado de toda a prova que já se encontra juntada aos autos, bem como a que possa vir a ser produzida durante a instrução, que se faz indispensável para uma melhor análise do que cuidam os autos, pois as defesas preliminares apresentadas não lograram elidir, de plano, tudo o que se alega na denúncia.

Os fatos narrados, em tese, constituem crimes, e os documentos acostados aos autos fornecem indícios de materialidade e de autoria.

As demais alegações da defesa exigem um exame mais apurado, a ser feito durante a instrução do processo.

Ainda que possam proceder aos argumentos postos na peça de defesa, é bem de ver que tanto os fatos quanto as justificativas pedem maiores esclarecimentos a serem feitos após a produção de prova.

No mais, estão preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP, estando a acusação devidamente amparada pelos documentos que a instruíram.

Por todo o exposto, recebo a denúncia.

Se acompanhado pelos eminentes Pares, venham-me conclusos os autos, para as providências cabíveis.

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Sr. Presidente. Rejeito as preliminares e, quanto ao mérito, pelo próprio teor das sustentações orais muito bem postas da tribuna, verifica-se a necessidade de dilação probatória. Na forma, como V. Ex.ª bem reconheceu, os requisitos do art. 41 estão preenchidos, o fato é típico, em tese, e desafia a prova. Por isso, recebo a denúncia.

DES. RENATO MARTINS JACOB - Sr. Presidente. Anotando que ouvi, atentamente, as sustentações orais proferidas da tribuna, rejeito as preliminares e, também, recebo a denúncia, na esteira do voto de V. Ex.ª, como Relator.

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS - Sr. Presidente. Acompanho o voto de V. Exª., como Relator, tanto nas preliminares quanto no recebimento da denúncia.

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM - Sr. Presidente. Acompanho o voto de V. Ex.ª, como Relator, nas preliminares e no recebimento da denúncia.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E RECEBERAM A DENÚNCIA.

...

Abandono material - Casal que deixa de prover a subsistência dos seis filhos - Acusada submetida a constante violência doméstica - Poder de agir - Pressuposto indispensável para a tipicidade do crime - Não ocorrência - Ciência dos fatos pelo Poder Público - Ausência de intervenção junto à família - Ausência de medida protetiva à acusada - Absolvição decretada

Ementa: Penal. Abandono material. Coautoria. Tipicidade omissiva. Circunstâncias do fato. Possibilidade de agir. Ausência de elementos de convicção. *In dubio pro reo*. Recurso provido.

- Se as circunstâncias do fato revelam a possibilidade de que a acusada não dispunha de condições materiais para realizar a conduta exigida pelo tipo omissivo próprio previsto no art. 244 do CP, a absolvição é medida que se impõe na forma do art. 386, VII, do CPP.

Recurso provido.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0116.08.014927-5/001 - Comarca de Campos Gerais - Apelante: V.B.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: E.S. - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de março de 2011. - *Hélcio Valentim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. HÉLCIO VALENTIM - Cuida-se de ação penal pública, promovida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais perante o Juízo da Comarca de Campos Gerais contra E.S. e V.B.S., imputando-lhes a prática de fato tipificado como abandono material, nos termos do art. 244, *caput*, do Código Penal.

Narra a denúncia que, ao longo do ano de 2006 e de parte do ano de 2007, os denunciados, na condição de genitores e responsáveis legais pelas crianças D.B.S., A.B.S., L.B.S., A.F.B.S., T.B.S. e L.B.S., deixaram, sem justa causa, de prover à sua subsistência (f. 2/3).

A inicial acusatória veio acompanhada de inquérito policial, instruído com cópia dos autos da ação de alimentos (f. 4/42).

Recebida a denúncia (f. 56), os acusados foram citados (f. 59-v. e 60-v.) e interrogados, ocasião em que E. confessou parcialmente os fatos narrados na denúncia (f. 61/62) e V. aceitou proposta de suspensão condicional do processo.

O feito foi então desmembrado, prosseguindo em relação ao acusado.

Descumprida injustificadamente uma das condições da suspensão, o processo retomou seu curso em relação à ré (f. 73-v.). Desse modo, estes autos se referem a ela, tão só.

Devidamente intimada a acusada, a Defesa ofereceu resposta escrita à acusação (f. 77).

Durante a instrução, foram ouvidas duas testemunhas (f. 84/89) e interrogada a ré, que negou a autoria dos fatos narrados na denúncia (f. 90).

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela condenação da acusada nos exatos termos da denúncia (f. 91/92). A Defesa, por sua vez, apontou, preliminarmente, falta de prova da materialidade e pediu a absolvição da acusada ao argumento da inexistência de provas suficientes para a condenação (f. 93/94).

Às f. 95/103, veio aos autos cópia da sentença proferida no feito de nº 0116.06.007360-2, em que os acusados restaram condenados pela prática do crime de abandono material em ocasiões anteriores ao ano de 2006. Instado a se manifestar, o Ministério Público demonstrou a inexistência de coisa julgada (f. 103) e, assim como a Defesa (f. 104), ratificou as alegações finais.

Sentença às f. 105/108, mediante a qual restou a ré condenada como incursa nas iras do art. 244 do CP, a 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, em regime aberto, e multa de um e meio salário-mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos, de prestação de serviços à comunidade.

As partes, bem como a ilustre Defensora, foram intimadas da sentença às f. 108-v., 109-v. e 114-v.

Inconformada, apelou a Defesa (f. 109-v.), em cujas razões requer a absolvição dos denunciados ao argumento da inexistência de provas suficientes e, alternativamente, a aplicação da pena no mínimo legal cominado (f. 112/113).

Em contrarrazões, o *Parquet* rebate as teses defensivas, pugnando pela manutenção da sentença recorrida (f. 115/117).

A douta Procuradoria de Justiça, por sua vez, opina pelo desprovimento do recurso, ratificando os argumentos da Promotoria (f. 123/127).

Eis, do que importa, o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, porque presentes os pressupostos para a sua admissão.

Preliminares.

Não há preliminares a serem analisadas, nem nulidades a serem declaradas de ofício.

Mérito.

No mérito, verifico assistir razão à combativa Defesa quando aponta a inexistência de provas suficientes para a condenação da ré.

Não há dúvidas quanto ao fato de que os menores foram deixados à própria sorte, enquanto os seus genitores se entregavam ao excessivo consumo de substâncias alcoólicas, certamente com o propósito de tornarem suportáveis as condições em que sobrevivem, considerada a renda declarada do réu E., de aproximadamente R$ 400,00 (quatrocentos reais) mensais, e a necessidade de proporcionar, nesse contexto, uma existência digna para si próprios e para as seis crianças que geraram.

No entanto, a participação dolosa da acusada no descuido com os filhos, a meu ver, não foi suficientemente provada.

Examinando os elementos reunidos nos autos, vislumbro a possibilidade consistente de que a acusada, submetida a violência doméstica intensa e regular e a condições materiais inadequadas, não dispunha da possibilidade de agir para evitar a ocorrência do fato típico.

Em primeiro lugar, verifico que o Poder Público tomou ciência das condições em que se encontravam as vítimas mediante um pedido de providências formulado pela acusada perante o Conselho Tutelar de Campos Gerais (aparentemente, a única esfera do Poder Público com a qual os acusados mantêm contato regular), em relação ao seu esposo E., que, como declarou a ré, naquela ocasião:

> [...] deu uma série de murros, sendo na cabeça, nos braços, e o seu companheiro estava drogado, e que o seu corpo está doendo, e que a jogou para cima do fogão para bater, e a declarante relata que bebeu algumas cervejas, porque estava muito nervosa, e que, no dia 09 de maio, o E. pegou uma enxada e foi para cima de sua filha T. de oito anos, e se encontrava completamente alcoolizado, e chega até a ameaçar a declarante com uma faca, sendo que a mesma estava com o seu filho de um ano e três meses. E relata ainda que está grávida e seu companheiro sempre fala que vai matar a declarante e seus filhos (*sic* - f. 15).

Quando ouvida em Juízo, a acusada negou a autoria do abandono, possivelmente por desconhecer os padrões próprios das classes que dispõem de recursos para se manterem com algum conforto material (f. 90).

Mas é em seu depoimento extrajudicial que encontro mais um indício a reforçar a possibilidade de que ela foi, juntamente com as crianças, submetida ao contexto produzido pelo acusado E., de temperamento violento e dependente de drogas.

Perante a autoridade policial, V. declarou:

> [...] que a declarante é casada com E.S. e com ele possui seis filhos: T., A., A., L., L. e D., respectivamente com oito, três, sete, quatro, dez e um ano e três meses; que a declarante alega ainda que teve um aborto devido a pancadas que seu marido lhe deu; que a declarante não faz uso de bebida alcoólica; que não agride seus filhos; que a declarante não trabalha; que a declarante alega que E. trocou sua casa na casa atual, sendo que nesta casa não tem nada: 'o vaso sanitário está caído, não tem chuveiro'; que os filhos maiores da declarante não estão indo embora devido E. lhes dizer que não é para ir, pois é ele quem manda neles; que E. agride constantemente a declarante; que a declarante alega estar grávida de quatro meses (*sic* - f. 24).

O estudo social de f. 30/34, por seu turno, descreve a rotina do casal:

> O Sr. E. troca os gêneros alimentícios, chuveiro etc. por bebidas alcoólicas; a Sra. V. vai para os bares atrás de seu esposo, fazendo também o uso de bebidas e deixando as crianças sozinhas. A Sra. M.D. reside em Belo Horizonte, mas sempre visita a família, tendo assim conhecimento da situação. Acredita que a irmã tenha algum tipo de transtorno ou deficiência mental, devido a sua falta de iniciativa na resolução dos problemas familiares.
> [...]
> A indiciada prefere que a filha T. fique na casa de sua mãe, porque o indiciado leva homens alcoolizados para dormir em sua casa [...]. Relataram que E. continua fazendo uso contínuo de bebidas alcoólicas, não exerce atividade laborativa, frequentemente leva quatro a seis homens para dormir em sua residência. Se V. discordar do seu comportamento, é agredida fisicamente (*sic* - f. 31).

E, às f. 37/40, há minucioso histórico do acompanhamento da família pelo Conselho Tutelar do Município de Campos Gerais, cujos primeiros registros são datados do ano de 1996, já relatando o excessivo consumo de bebidas alcoólicas de ambos e o histórico de violência de "V." contra V.

Pelo que se lê no documento, há inúmeros "prontuários" em nome dos réus, embora não haja notícia de qualquer outra intervenção do Poder Público junto à família, além da concessão de donativos, os quais são negociados por bebida pelo acusado E.

Anoto que não há nos autos notícia de que, em razão de tais declarações e pedidos de ajuda, foi suscitada alguma das medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/06, as quais, ao que tudo indica, eram a providência cabível, não o indiciamento de V.B.S.

O depoimento da testemunha R.C.T.S., por sua vez, demonstra que a acusada não se comportava da mesma maneira que seu marido:

> [...] que em todas as vezes que fez visita na casa da denunciada, nunca a encontrou alcoolizada, mas E., sim; que o casal vivia com muita dificuldade e, quando faltavam alimentos, V. pedia na rua ou ao Conselho Tutelar, ou, às vezes, a avó das crianças os alimentava; que E. trocava os alimentos da casa por bebidas alcoólicas, a denunciada, não (*sic* - f. 89).

É certo que a acusada descuidou-se das crianças sob sua responsabilidade e de seu marido. Como afirmou a testemunha K.S.P.:

> [...] por diversas vezes, foram à casa da denunciada e encontraram o casal alcoolizado; que eles gastavam o dinheiro da bolsa escola para comprar bebidas; que o casal pedia cesta básica no Conselho, mas os garotos reclamavam que algumas vezes ficavam sem comida; que havia denúncia que o casal trocava alimentos por bebida (*sic* - f. 84).

In casu, todavia, entendo que a prova autoriza tanto a existência de dúvida quanto a existência de dolo na conduta da acusada.

As inúmeras circunstâncias, já vistas, indicam que o acusado, por meio de violência física praticada contra a acusada, trocava por bebida os alimentos que o casal obtinha na forma de doações. A mãe, encarregada de zelar por seis crianças, uma delas com pouco mais de um ano de idade, não dispunha das condições materiais para se conduzir da forma exigida pela norma.

A conduta omissiva da acusada, em tal contexto, pode, com bastante grau de probabilidade, não ter sido fruto de sua vontade consciente.

A tipicidade dos crimes omissivos próprios exige que, além do dever de agir (estabelecido pela norma), exista o poder de agir da pessoa, no sentido exigido pelo tipo. Como ensina Heleno Cláudio Fragoso:

> A omissão consiste na abstenção da atividade devida, ou seja, na não realização da conduta positiva que o agente tinha o dever jurídico e a possibilidade de realizar. A possibilidade de agir é pressuposto indispensável do dever jurídico de agir (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* - parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 282).

Havendo, *in casu*, dúvida relevante sobre a possibilidade de agir na conduta da acusada, entendo que a absolvição, pela inexistência de provas suficientes para a condenação, é medida que se impõe.

Tudo considerado, dou provimento ao recurso, para absolver a acusada, V.B.S., da imputação contra si deduzida, na forma do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CÁSSIO SALOMÉ e AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...

Falsidade ideológica - Declaração de pobreza - Atipicidade - Posterior apreciação judicial - Possibilidade - Investigação - Instauração da ação penal - Ausência de justa causa - Trancamento do inquérito policial - *Habeas corpus* - Concessão da ordem

Ementa: *Habeas corpus*. Falsidade ideológica. Declaração de pobreza. Possibilidade de posterior apreciação judicial. Fato atípico. Trancamento de inquérito policial. Cabimento. Ausência de justa causa. Ordem concedida.

- Por não haver qualquer perigo ao bem jurídico tutelado, dada a possibilidade de posterior apreciação judicial acerca de sua veracidade, a declaração de pobreza para obtenção dos benefícios da justiça gratuita não pode ser considerada documento para os fins de falsidade ideológica, revelando-se o fato atípico.

- Concede-se a ordem para o fim de trancar o inquérito policial se restou evidenciado que não existe justa causa para o prosseguimento da investigação e instauração da ação penal.

HABEAS CORPUS Nº 1.0000.10.074690-8/000 - Comarca de Juiz de Fora - Paciente: Victorino Sérgio Meirelles - Autoridade coatora: Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz Fora - 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, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM CONCEDER O *HABEAS CORPUS*.

Belo Horizonte, 15 de março de 2011. - Catta Preta - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CATTA PRETA - Trata-se de ordem de *habeas corpus*, impetrada em favor de Victorino Sérgio Meirelles, ao fundamento de estar a sofrer patente constrangimento ilegal perpetrado pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora/MG.

Alega o impetrante que não há justa causa para o oferecimento de denúncia, uma vez que as informações lançadas na declaração de pobreza não se subsumem ao tipo do art. 299 do CP (falsidade ideológica).

A liminar foi indeferida, em plantão, pelo eminente Des. Antônio Armando dos Anjos, tendo sido requisitadas informações à autoridade apontada como coatora (f. 51).

Informações foram prestadas (f. 61).

A d. Procuradoria opinou pela denegação da ordem (f. 71/75).

É o relatório.

Passa-se a decidir.

Segundo as informações prestadas pela autoridade judicial, foi o paciente indiciado pela suposta prática do crime de falsidade ideológica, ao fundamento de ter se declarado pobre para fins de pedido de assistência judiciária, mesmo tendo renda elevada (f. 61 e 67/68).

Salvo melhor juízo, ainda que se possa considerar estapafúrdia a declaração do paciente, o que também não é uma afronta ao direito, seria inimaginável afirmar existir justa causa para a instauração de uma ação penal.

Como se sabe, o crime de falsidade ideológica só se caracteriza quando a declaração falsa, inserida em documento, é dotada de força probante por si só, independente de qualquer comprovação posterior.

A declaração de pobreza, apresentada em processo judicial, com o intuito de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, implica apenas uma presunção.

Comprovada a falsidade, há o indeferimento do benefício e a aplicação de pena pecuniária - art. 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50. De mais a mais, pode o próprio magistrado, ao examinar o pedido, indeferir o benefício.

No caso em exame, a MM. Juíza de Direito da comarca de origem, ao indeferir o pedido de assistência judiciária formulado pelo Procurador do paciente, após analisar o seu contracheque, determinou ''a remessa de cópias de todo o feito ao Ministério Público, mediante ofício, para adoção das medidas criminais que entender cabíveis'' (f. 64/65).

A jurisprudência tem firmado entendimento de que as informações lançadas em declaração passível de posterior conferência não configuram o crime de falsidade ideológica, tendo em vista a ausência de capacidade lesiva.

Vejam-se:

> Se a declaração prestada pelo agente estava sujeita necessariamente à verificação de sua veracidade, não se tem como caracterizado o crime de falsidade ideológica, pois, para fins de incidência do art. 299 do CP, é indispensável que o declarado tenha força probante por si só, vale dizer, que seja apto para produzir efeito independentemente de qualquer verificação posterior (TJSP - Apelação nº 247.737-3/6-00 - *DJ* de 15.03.2000 - *RT* 779/548).

> Simples requerimento ou petição não é considerado documento para fins penais, ainda que contenham informações inverídicas. Declaração de pobreza e de não cobrança de honorários, com fins ao benefício da gratuidade provisória, acoplada a requerimento dirigido à autoridade competente e cujo conteúdo dependa de verificação e despacho oportuno que poderá ser favorável ou desfavorável, não constitui crime de falsidade ideológica (TJRJ - *HC* 670/96 - *DJ* de 23.07.1996).

E não foi de outra forma que decidiu este Tribunal de Justiça, em caso idêntico:

> Ementa: Penal. Processo penal. *Habeas corpus*. Trancamento do inquérito policial. Fato atípico. Ausência de justa causa. Concessão da ordem.
> - O crime de falsidade ideológica só se caracteriza quando a declaração falsa, inserida em documento, é dotada de força probante por si só, independente de qualquer comprovação ulterior.
> - A declaração de pobreza para obter os benefícios da justiça gratuita não pode ser considerada documento para os fins de falsidade ideológica, tendo-se em vista que o juiz pode, após ulterior apreciação de provas, indeferir o pedido, não gerando, assim, perigo ao bem jurídico tutelado (*HC* nº 1.0000.08.478046-9/000 - 4ª Câmara Criminal - Rel. Des. Eli Lucas de Mendonça - *DJ* de 27.08.2008).

Por isso mesmo, não há sustentação para a acusação.

Falta, pois, a justa causa.

Por todo o exposto, concede-se a ordem, determinando o trancamento do inquérito policial (nº 2192010), com o seu arquivamento, por falta de justa causa.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA e FURTADO DE MENDONÇA.

Súmula - CONCEDIDO O *HABEAS CORPUS*.

...

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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/2002.

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/2002, 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.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.027.797-MG - Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Recorrente: Construtel Tecnologia e Serviços S.A. Advogados: Luiz Guilherme Tavares Torres e outros. Recorrido: Paulo Gonçalves de Assis. Advogados: Regina Márcia Viegas Peixoto Cabral Gondim, Márcia Izabel Viegas Peixoto Onofre e outros; Abelardo Flores, Carlos Alberto Viegas Peixoto, Abelardo de Oliveira Flores e Adriana Maria Viegas Meireles.

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 Vasco Della Giustina votaram com a Sra. Ministra Relatora. Sustentação oral: Dr. Guilherme Luiz de Souza Pinho, pela parte recorrida, Paulo Gonçalves de Assis.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2011(data do julgamento) - *Ministra Nancy Andrighi* - Relatora.

Relatório

MINISTRA NANCY ANDRIGHI - Cuida-se de recurso especial interposto pela Construtel Tecnologia e Serviços S.A., com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional.

Ação: de reparação por danos materiais, ajuizada por Paulo Gonçalves de Assis, em face da recorrente, na qual requer o ressarcimento pelos gastos com a contratação de advogado para o ajuizamento de reclamação na Justiça do Trabalho, em virtude da retenção indevida de verbas trabalhistas.

Sentença: julgou improcedente o pedido.

Acórdão: deu provimento à apelação interposta pelo recorrido, conforme a seguinte ementa (f. 303):

> Apelação. Ação de indenização. Falta de interesse de agir. Inovação recursal. Não conhecimento. Ajuizamento de reclamatória trabalhista. Contratação de advogado. Ato ilícito demonstrado. Ressarcimento devido. O recibo quita o valor nele inserto, não excluindo a possibilidade de o credor requerer, judicialmente, sua complementação, sentindo-se lesado, pois há garantia constitucional a ampará-lo, eis que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). A inovação de tese em sede recursal não pode ser conhecida, porque traz a lume argumentos não declinados na primeira instância, sequer abordados na sentença recorrida, ofendendo o princípio do duplo grau de jurisdição. Quando a omissão do empregador obriga o empregado a buscar a proteção judicial e sua pretensão é acolhida, caracterizou-se a desídia do réu e, por óbvio, a despesa atinente ao pleito deve ser ressarcida, sob pena de a indenização não ficar completa e haver locupletamento por parte daquele que deu causa à demanda.

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente, foram parcialmente acolhidos.

Recurso especial: alega violação dos arts. 267 do CPC; 188, I, do CC/2002; 791 da CLT, além de dissídio jurisprudencial. Sustenta: i) a inexistência de interesse de agir, pois houve acordo na Justiça do Trabalho, e a ampla e irrestrita quitação dada pelo recorrido no referido acordo incluiria os honorários advocatícios; ii) o dever de indenizar não pode ser imputado por defender-

se em reclamatória trabalhista, pois estava exercendo o seu direito de defesa; iii) não pode ser onerado pelo exercício de uma faculdade do recorrido, pois o empregado poderia ter obtido assistência judiciária gratuita por meio do sindicato ou da Defensoria Pública e, além disso, a presença de advogado na Justiça do Trabalho é facultativa.

Prévio juízo de admissibilidade: o TJMG admitiu o recurso especial (f. 357/358), 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 é cabível reparação por danos materiais ao empregado que contrata advogado para o ajuizamento de reclamação trabalhista.

II - Prequestionamento.

O acórdão recorrido não decidiu acerca dos argumentos invocados pelo recorrente quanto à violação do art. 188, I, do CC/2002, não obstante a interposição de embargos de declaração. Acrescente-se ainda que não houve decisão acerca da possibilidade de o recorrido obter assistência judiciária por meio do sindicato ou da Defensoria Pública. Incide, na espécie, o óbice da Súmula 211/STJ.

Por outro lado, no que concerne ao art. 791 da CLT, todavia, entendo ser possível admitir o seu prequestionamento implícito, na forma abordada pela recorrente, tendo em vista que a questão, ainda que sucintamente, foi abordada pelo TJMG.

III - Da admissibilidade recursal pela alínea c do permissivo constitucional.

O recurso especial não ultrapassa o juízo de admissibilidade quanto ao dissídio jurisprudencial, pois a divergência não foi devidamente demonstrada. Com efeito, a recorrente cuidou apenas de transcrever o julgado tido por paradigma, sem evidenciar os pontos que caracterizam o dissídio, bem como a similitude entre as bases fáticas dos julgados.

A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a simples transcrição de ementas não configura divergência jurisprudencial, que deve ser comprovada por meio da demonstração analítica das teses dissidentes dos arestos confrontados.

IV - Do acordo realizado entre as partes e da ofensa à coisa julgada.

A recorrente suscita preliminar de ofensa à coisa julgada, contudo, verifica-se, da análise dos autos, que esta não ocorreu.

Isso porque, consoante a disposição expressa do art. 843 do CC/2002, a transação interpreta-se restritivamente.

Acrescente-se, ainda, que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a declaração de quitação em instrumentos de transação tem de ser interpretada restritivamente (EREsp nº 292.974/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 15.9.2003).

Salienta-se que o acordo celebrado entre as partes não estabeleceu disposições sobre o pagamento de honorários advocatícios convencionais, tendo apenas estabelecido os valores devidos a título de verbas trabalhistas e honorários periciais.

Assim, a interposição de ação de reparação por danos materiais não significa violação do instituto da coisa julgada.

V - O *jus postulandi* das partes como fundamento para não se conceder honorários advocatícios nas causas trabalhistas.

O art. 791 da CLT, ao estabelecer que "os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho", deixou evidente a facultatividade da presença do advogado nos processos trabalhistas.

Por ser uma faculdade, a concessão do *jus postulandi* não pode ser utilizada como fundamento para penalizar o trabalhador que resolve contratar um advogado particular.

Nessa linha de ideias, não se pode deixar de afirmar que a referida norma foi criada com a finalidade de permitir o efetivo acesso ao Poder Judiciário. Ocorre que o acesso à Justiça, como lembra Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010), não se resume à eliminação dos óbices que impedem o acesso ao Poder Judiciário. O direito de acesso à Justiça compreende, entre outros, o direito daquele que está em juízo poder influir no convencimento do magistrado, participando adequadamente do processo.

Nessa dimensão, assume especial relevância a função do advogado no processo como fator de concretização do acesso à Justiça, na medida em que, utilizando os seus conhecimentos jurídicos, otimiza a participação do seu cliente no processo de convencimento do magistrado.

Nesse contexto, salutares são as ponderações de Francisco das Chagas Lima Filho (LIMA FILHO, Francisco das Chagas. O direito aos honorários advocatícios no processo do trabalho: exegese dos artigos 389 e 404 do Código Civil. *Justiça do Trabalho*, v. 24, nº 283, p. 41-45, jul., 2007):

> Desse modo, e embora a norma consolidada visando precipuamente garantir ao trabalhador e ao empresário, especialmente o pequeno e microempresário o efetivo acesso à justiça através de um processo informal onde não se exige, ao contrário do processo comum o patrocínio do advogado como pressuposto de validade da relação processual (art. 36/38 do CPC), não se pode deixar de lembrar, e a experiência diária comprova isso, que na grande maioria dos

> casos submetidos a julgamento da Justiça do Trabalho a presença e a assistência do profissional do direito se revelam mesmo indispensáveis, máxime quando em jogo questões intricadas de fato ou de direito que o trabalhador e o empregador ou empresário, especialmente aquele, sem a devida assistência de um profissional competente jamais terá condições de entender e, como conseqüência, de discutir, o que na prática pode redundar em injusto prejuízo para a defesa de seu direito, e não raro terminar violando a garantia fundamental inserta no inciso LV, do art. 5º do Texto de 1988, qual seja o direito à ampla defesa.

Assim sendo, analisada a questão sob a ótica do acesso à Justiça, deve-se concluir que o empregado tem o direito de optar por ser representado em juízo por advogado de sua confiança.

Por fim, cumpre pontuar que o processo não pode importar prejuízos à parte a quem, ao final, se reconheça ter razão. Assim, aquele que deixou de pagar verbas trabalhistas tem de restituir ao empregado o que esse despendeu com os honorários advocatícios contratuais. Nesse contexto, como bem destaca Chiovenda:

> A necessidade de servir-se do processo para obter razão não pode reverter em dano a quem tem razão, pois a administração da justiça faltaria ao seu objeto, e a própria seriedade dessa função do Estado estaria comprometida se o mecanismo organizado para o fim de atuar a lei tivesse de operar como prejuízo de quem tem razão (CHIOVENDA *apud* SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Do descumprimento das obrigações*: conseqüências à luz do princípio da restituição integral: interpretação sistemática e teleológica. São Paulo: J. de Oliveira, 2007, p. 173).

É precisamente com base nessa linha de raciocínio que se entende que aquele que deu causa ao ajuizamento da reclamação trabalhista deverá arcar com os honorários contratuais, de modo que o vencedor não suporte o dano sofrido pelo inadimplemento da obrigação trabalhista.

VI - Princípio da reparação integral e os honorários advocatícios contratuais.

O princípio da restituição integral se entrelaça com os princípios da equidade, da justiça e, consequentemente, com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que, minimizando-se os prejuízos efetivamente sofridos, evita-se o desequilíbrio econômico gerado pelo descumprimento da obrigação e protege-se a dignidade daquele que teve o seu patrimônio lesado por um ato ilícito.

Sobre o tema, Luiz Antonio Scavone Júnior pondera (*Do descumprimento das obrigações*: conseqüências à luz do princípio da restituição integral. São Paulo: J. de Oliveira, 2007, p. 172-173):

> Seja como for, o difícil equilíbrio, exigido pela função social do contrato e pela boa-fé, demanda a restituição integral que deve ser extraída da Constituição Federal como princípio apto a valorar a interpretação das normas atinentes às conseqüências do descumprimento das obrigações, validando, no sistema, o vetusto *alterum no laedere* que, desde Ulpiano, demanda o respeito às esferas pessoal e patrimonial alheias.
> A justiça, a par de suas diversas acepções, deve ser entendida e compreendida como critério de ordenamento da aplicação das normas, significando, no que pertine à restituição integral, nas palavras de Paulo Hamilton Sirqueira Junior, 'a virtude de dar a cada um o que é seu'.

Assim, apesar do silêncio da CLT, se o empregado entende que necessita contratar um advogado para que possa obter a tutela jurisdicional pretendida, aquele que deu causa ao ajuizamento da reclamação trabalhista por descumprir suas obrigações deve pagar os honorários contratuais para restituir integralmente o prejuízo causado.

Ademais, o Código Civil de 2002 determina, de forma expressa, que os honorários advocatícios integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos.

Os arts. 389, 395 e 404 do CC/2002 estabelecem, respectivamente:

> Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.
>
> Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.
>
> Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Os honorários mencionados nos referidos artigos são os honorários extrajudiciais, pois os sucumbenciais relacionam-se com o processo e constituem crédito autônomo do advogado. Assim, como os honorários contratuais são retirados do patrimônio do lesado para que haja reparação integral do dano sofrido, o pagamento dos honorários advocatícios previsto na Lei Civil só pode ser o dos contratuais.

Nesse tocante, é elucidativa a doutrina de Luiz Antonio Scavone Júnior (*Do descumprimento das obrigações*: conseqüências à luz do princípio da restituição integral. São Paulo: J. de Oliveira, 2007, p. 172-173):

> Sendo assim, os honorários mencionados pelos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil, ressarcitórios, evidentemente não são aqueles decorrentes do Estatuto da Advocacia, ou seja, os honorários de sucumbência; de outro lado, são pagos diretamente pelo credor ao advogado e constituem em prejuízo (dano emergente) decorrente da mora e do inadimplemento.

Assim, os honorários atribuídos a título de sucumbência não se confundem como os honorários ressarcitórios, convencionais ou arbitrados.

Os honorários ressarcitórios, convencionais ou arbitrados, representam dispêndio do credor e, por essa razão, perdas e danos decorrentes do inadimplemento das obrigações, notadamente em razão da necessidade de contratação de advogado para efetivar o direito de receber o objeto da prestação da relação jurídica obrigacional.

Rompe-se, em razão do ordenamento jurídico, o entendimento corrente, porém equivocado, que decorria do direito anterior, segundo o qual apenas haveria lugar para a condenação do devedor nos honorários de sucumbência.

Não é crível, ante o princípio da restituição integral, que os honorários pagos pelo credor sejam por ele suportados sem qualquer ressarcimento pelo devedor, que a eles deu causa.

Antonio de Pádua Soubhie Nogueira preleciona (Honorários advocatícios extrajudiciais: breve análise e harmonização dos artigos 389, 395 e 404 do novo Código Civil e do artigo 20 do Código de Processo Civil. *Revista Forense*, v. 105, nº 402, p. 597-607, mar../abr., 2009):

> Pela sistemática do direito material, que garante a ampla indenização, amparada no conhecido princípio da *restitutio in integrum*, mostra-se bastante razoável a interpretação no sentido de que os dispositivos do Código Civil visam, realmente, disciplinar a indenização dos honorários advocatícios extrajudiciais. O direito material, portanto, vai além das regras de direito processual, permitindo a recomposição de tudo aquilo que a parte despendeu para fazer valer seus interesses (em juízo ou fora dele), inclusive as verbas contratuais comprometidas aos advogados que atuam em sua representação (p. 602).

Com efeito, na realidade forense, os honorários sucumbenciais são apenas uma parcela, cada vez mais importante, de todo remuneratório fixado pelos serviços jurídicos prestados pelo advogado. Pressupondo-se que, principiologicamente, a reparação civil deve ser integral, e não parcial, para que o cliente (vítima do ato ilícito) seja efetivamente ressarcido, de rigor que na conta indenizatória seja computada, igualmente, a chamada verba extrajudicial, na hipótese de sua contratação.

Essa exegese é reforçada pelo fato de a previsão processual que determina o pagamento de honorários sucumbenciais não acarretar prejuízo à parte lesada, já que a sucumbência é devida pelo vencido. Não teria sentido lógico o Código Civil garantir o ressarcimento de honorários de advogado que, pela sistemática do art. 20 do CPC c/c o art. 23 do EOAB (Lei n. 8.906/94), são suportados pelo vencido e não pela vítima do ato ilícito.

Sublinhe-se, por oportuno, que os referidos dispositivos do Código Civil podem ser aplicados subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT.

Na mesma linha de entendimento:

> Os honorários advocatícios no Código Civil (arts. 389 e 404) têm natureza jurídica indenizatória, pois visam à compensação à parte do montante do crédito que despenderá com o pagamento de advogado particular. Caso a parte tenha contratado advogado particular terá que destinar parte do seu crédito ao pagamento deste e, portanto, não terá o seu direito reparado integralmente e, desse modo, se mostra justo e razoável o deferimento dos honorários advocatícios no processo do trabalho com suporte no Código Civil, por força do permissivo dos arts. 8º e 769 da CLT.

Não obstante, pensamos perfeitamente aplicável ao processo do trabalho os honorários advocatícios previstos no Código Civil por compatíveis com o princípio de acesso real e efetivo do empregado à Justiça, bem como restituição integral do crédito trabalhista (SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 259).

Por fim, para evitar interpretações equivocadas da presente decisão, cumpre esclarecer que, embora os honorários extrajudiciais componham os valores devidos pelas perdas e danos, o valor cobrado pela atuação do causídico não pode ser abusivo. Sendo o valor dos honorários contratuais exorbitante, o juiz poderá, analisando as peculiaridades do caso concreto, arbitrar outro valor, podendo utilizar como parâmetro a tabela de honorários da OAB.

Corroborando essa ideia, Antonio de Pádua Soubhie Nogueira assevera (Honorários advocatícios extrajudiciais: breve análise e harmonização dos artigos 389, 395 e 404 do novo Código civil e do artigo 20 do Código de processo civil. *Revista Forense*, v. 105, n. 402, p. 597-607, mar./abr., 2009):

> Não há como temer o excesso na cobrança dessa verba, na hipótese de *comprovado abuso*, poderá o juiz *arbitrar* o valor que entender devido (art. 946, CC), valendo-se de auxílio pericial, na forma do art. 475-A do CPC, ou mesmo da tabela de honorários advocatícios divulgada pela Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional correspondente. De igual forma, na *desproporção* entre o valor dos honorários de advogado e o próprio montante requerido a título de prejuízo principal, nada obsta a aplicação analógica do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, que admite redução *equitativa* da indenização (grifos no original) (p. 606).

Tendo em vista que não houve pedido da 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 Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de fevereiro de 2011. - *Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha* - Secretária.

(Publicado no *DJe* de 23.02.2011.)

...

Recurso especial - Direito civil - Registro civil - Finalidade - Eficácia, autenticidade e segurança dos atos jurídicos - Assento de casamento - Retificação de dados a respeito da profissão - Inadequação da via eleita - Incidência da Súmula 242/STJ - Ação de retificação - Medida excepcional que exige comprovação inequívoca de erro em sua lavratura - Ausência, *in casu* - Recurso improvido

I - Não se pode perder de vista que, dentre as finalidades dos registros públicos, estão a preservação da eficácia, a autenticidade e a segurança dos atos jurídicos.

II - Sendo certo que a pretensão ora deduzida é obter começo de prova para requerimento, no futuro, de benefícios previdenciários e, para tal objetivo, acredita-se, deve-se valer de procedimento autônomo, em via processual própria, utilizando-se, inclusive, do disposto na Súmula nº 242/STJ.

III - Não é possível que se permita desnaturar o instituto da retificação do registro civil que, como é notório, serve para corrigir erros quanto a dados essenciais dos interessados, a saber, filiação, data de nascimento e naturalidade, e não quanto a circunstâncias absolutamente transitórias como domicílio e profissão.

IV - Se, de um lado, a regra contida no art. 109 da Lei 6.015/73 autoriza a retificação do registro civil, por outro lado, consta ali a ressalva de que a mesma somente será permitida na hipótese de haver erro em sua lavratura. Inexistência, *in casu*.

V - Recurso especial improvido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.194.378 - MG - Relator: MINISTRO MASSAMI UYEDA

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Interessada: Shaiane da Silveira Cândido Ferreira. Advogados: Carim de Cássia Alves de Oliveira, Defensora Pública, 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, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília, 15 de fevereiro de 2011(data do julgamento). - *Ministro Massami Uyeda* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator) - Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais fundamentado no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, do permissivo constitucional, em que se alega violação do art. 109 da Lei 6.015/73, bem como divergência jurisprudencial.

Os elementos existentes nos autos noticiam que Shaiane da Silveira Cândido Ferreira, ora interessada, ajuizou ação de retificação de registro civil, referente ao seu assento de casamento, sob fundamento de que, por equívoco, inseriu-se nele, como sua profissão, a de secretária, quando, na verdade, deveria constar trabalhadora rural, tendo em conta que, segundo alegou, sempre trabalhou na lavoura. Ato contínuo, apresentou documentos em seu favor (f. 04/08), bem como foram ouvidas três testemunhas (f. 16/18).

O r. Juízo da Comarca de Lajinha/MG, Dr. Luiz Augusto de Souza Melo, julgou improcedente o pedido inicial. Dentre outros fundamentos, destacou que:

> [...] Da análise pormenorizada dos autos, constata-se que não houve efetiva comprovação da ocorrência de erro no assentamento de casamento. A meu sentir, a prova testemunhal produzida é frágil e não se mostra suficiente para comprovar a ocorrência do erro em questão. Lado outro, também, não há documentos de que à época do registro a requerente exercia a profissão declinada na inicial (f. 30/32).

Inconformada, a ora interessada, Shaiane da Silveira Cândido Ferreira, interpôs recurso de apelação (f. 35/37), ao fundamento de que, em resumo, a ausência de retificação da sua profissão poderá acarretar-lhe, no futuro, dificuldades para se aposentar, bem como a efetiva comprovação do exercício da atividade laboral alegada. Todavia, na oportunidade do julgamento do recurso apelatório, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por unanimidade, negou-lhe provimento. A ementa está assim redigida:

> Ação de retificação de registro civil. Autora qualificada como secretária em assento de casamento. Alegação de que sempre exerceu a profissão de trabalhadora rural. Ausência de erro essencial no registro. Recurso desprovido. - O registro público tem presunção de veracidade; sendo assim, o seu procedimento retificatório (previsto nos arts. 212 e seguintes da Lei 6.015/73) serve para corrigir erros essenciais nos assentos, não se prestando para alterar dados transitórios neles constantes, como aqueles quanto à atividade profissional exercida pela declarante, pois que absolutamente irrelevante à sua validade (f. 58).

Os embargos de declaração de f. 67/72 foram rejeitados às f. 75/78.

Nas razões do presente recurso especial, o ora recorrente, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na condição de fiscal da lei, sustenta, em resumo, que possui legitimidade para interpor recurso especial, nos termos da Súmula 99/STJ. Assevera, também, que o art. 109 da Lei de Registros Públicos prevê a possibilidade de retificação de seu assentamento, tendo em conta a evidência do erro quanto à sua profissão. Aduz, igualmente, que o conteúdo do registro civil deve corresponder à realidade dos fatos. Aponta, ainda, em seu favor, divergência jurisprudencial em face de acórdão proclamado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Sem contrarrazões (f. 93).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Antônio Fonseca, opinou pelo improvimento do recurso especial.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA - A irresignação não merece prosperar.

Com efeito.

Resumidamente, a ora interessada, Shaiane da Silveira Cândido Ferreira, propôs demanda em que pretendia ver corrigida, na certidão de casamento, sua atividade profissional. Apontou que, ao contrário do que consta no assento civil, exerce a atividade de trabalhadora rural. O r. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido de retificação de assento de casamento, por insuficiência probatória sobre a alegada profissão exercida. O Tribunal de origem, por sua vez, entendeu que o registro público tem presunção de veracidade e que, portanto, qualquer procedimento de retificação só deve prosperar se apto a reparar erros essenciais dos registros, não se prestando para alterar dados transitórios, tais como a atividade profissional.

Assim, a presente controvérsia reside no exame da possibilidade ou não de correção de erro, tido como transitório pelo v. acórdão recorrido, existente no assento de casamento da ora interessada, Shaiane da Silveira Cândido Ferreira, por meio da ação de retificação do registro civil.

Inicialmente, registra-se que não se pode perder de vista que, dentre as finalidades dos registros públicos, estão a preservação da eficácia, a autenticidade e a segurança dos atos jurídicos. Dessa forma, qualquer autorização judicial para a retificação de dados constantes de assentamento civil deve guardar conformidade com o princípio da verdade real, conferindo publicidade a situações efetivas e reais.

Dentro dessa ordem de ideias, afigura-se-me equívoca a via eleita para correção dos dados relativos à profissão da ora interessada, Shaiane da Silveira Cândido Ferreira. E por mais de uma razão.

A uma, observa-se que a pretensão da ora interessada, Shaiane da Silveira Cândido Ferreira, é obter começo de prova para requerimento, no futuro, de benefícios previdenciários e, para tal objetivo, acredita-se, deve se valer de procedimento autônomo, em via processual própria, utilizando-se, inclusive, do disposto na Súmula nº 242 desta Corte Superior de Justiça, que estabelece, *in verbis*: "cabe ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários", em face de quem for entendido de direito.

A duas, é importante registrar que não se desconhece a noção trazida por Vicente Ráo, acerca do conceito de ação de estado, admitindo a possibilidade de qualificar-se também a pessoa em função da atividade profissional exercida. Em outras palavras, sustenta o renomado autor que

> O meio constante de ser das pessoas na sociedade, em razão de qualidades, ou do exercício de atividades submetidas estas e aquelas a um particular, corresponde ao seu estatuto jurídico (*ut O direito e a vida dos direitos*, Max Limonad, 2º volume, 2ª tiragem, p. 185).

Contudo, pelo menos na compreensão desta Relatoria, não é possível, *data venia*, que se permita desnaturar o instituto da retificação do registro civil que, como é notório, serve para corrigir erros quanto a dados essenciais dos interessados, a saber, filiação, data de nascimento e naturalidade, e não quanto a circunstâncias absolutamente transitórias, como domicílio e profissão.

A três, é certo que o resultado da presente demanda traria consequências na órbita previdenciária, o que

exigiria, acredita-se, a prévia manifestação da autarquia previdenciária acerca do pedido, por evidente interesse na solução da demanda.

Não bastassem essas circunstâncias, observa-se, da doutrina, que

> a retificação do Registro Civil das Pessoas Naturais é um processo destinado a restabelecer a verdade do conteúdo dos assentos inerentes aos atos do Estado Civil, desfazendo o erro de fato ou de direito, suprindo uma omissão, produzindo por declarações erradas ou deficientes, compreendendo as consignadas de um modo diverso pelo Oficial, em conseqüência de erro ou engano, ao reproduzir a declaração que lhe foi prestada (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*. 5. ed. Editora Brasília Jurídica, v. 1, p. 400).

De qualquer sorte, se, de um lado, a regra contida no art. 109 da Lei 6.015/73 autoriza a retificação do registro civil, por outro lado, consta ali a ressalva de que a mesma somente será permitida na hipótese de haver erro em sua lavratura. Assim, é mister a indispensável comprovação por prova idônea e segura da ocorrência de erro aparente de escrita ou de motivo superveniente legítimo apto a embasar o pedido de retificação. Indispensável, pois, portanto, a demonstração cabal no sentido da ocorrência do erro registrário, sem o que não se pode acolher o pedido de retificação. E, quanto a tal aspecto, bem detectou o v. acórdão recorrido, que

> [...] Ocorre que tal finalidade não basta, *in casu*, para justificar a alteração no seu registro de casamento, uma vez que a profissão, como circunstância transitória que é, não é dado essencial ao registro, somente se justificando, pois, a anulação ou alteração do registro civil, quando se constatar erro substancial quanto à atividade profissional exercida pela declarante, pois que absolutamente irrelevante à validade do registro (f. 58)

Finalmente, importa registrar que não se pode ter como efetivamente caracterizado o erro registrário e, por decorrência lógica e jurídica, não se vislumbra substrato fático-jurídico apto a determinar a retificação pretendida, razão pela qual a improcedência do pedido era mesmo a solução pertinente para o caso *sub judice*.

Nega-se, portanto, provimento ao recurso especial.

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, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília, 15 de fevereiro de 2011. - *Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha* - Secretária.

(Publicado no *DJe* de 24.02.2011.)

...

Penal - Lesão corporal leve - Lei Maria da Penha - Ação penal pública condicionada à representação - Retratação da vítima - Audiência especial - Necessidade - Estupro - Irretratabilidade posterior à denúncia - Condições pessoais da vítima e consentimento - Violência presumida - Caráter absoluto - Recurso desprovido

I. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata a Lei Maria da Penha, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

II. O ato praticado pela ofendida e sua representante ao se dirigirem ao Cartório não pode ser tido como uma retratação formal nos termos da Lei de Violência Doméstica, dada a sua irregularidade procedimental, atentando contra a própria finalidade da norma, que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

III. Hipótese de ação penal pública condicionada à representação, nos termos do revogado § 1º do art. 225 do Código Penal.

IV. A representação é irretratável depois de oferecida a denúncia. Eventual retratação ocorrida após o oferecimento da acusatória não importa em trancamento da ação penal.

V. A presunção de violência pela idade da vítima - prevista no art. 224, I, do Código Penal - tem caráter absoluto, não podendo ser afastada em razão de seu consentimento.

VI. Recurso desprovido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.147 - MG (2010/0114693-9) - Relator: MINISTRO GILSON DIPP

Recorrente: R.M.F. Advogado: Guilherme Tinti de Paiva, Defensor Público. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento". Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 3 de março de 2011. - *Ministro Gilson Dipp* - Relator.

Relatório

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator) - Trata-se de recurso especial interposto por R.M.F. através da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu parcial provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, nos termos da seguinte ementa:

> Recurso em sentido estrito. Não recebimento da denúncia. Insurgência ministerial. Delito de lesão corporal leve contra a mulher. Art. 129, § 9º, do Código Penal. Retratação da vítima em Cartório. Impossibilidade. Violência doméstica. Lei nº 11.340/06. Irregularidade na retratação da ofendida. Retratação anterior ao recebimento da denúncia. Art. 16 da Lei nº 11.340/06. Formalidade especial a ser cumprida. Estupro com violência presumida. Retratação depois de oferecida a denúncia. Impossibilidade. Ato que não produz nenhum efeito. Cassação da decisão do Juiz *a quo*. Necessidade. Recurso parcialmente provido.
> - A ação penal para o crime de violência doméstica, na hipótese de lesão corporal leve, é pública condicionada à representação, podendo haver retratação, nos moldes estabelecidos pela Lei 11.340/06.
> - A regra estabelecida pelo art. 16 da Lei nº 11.340/06 excepciona a norma de caráter geral prevista no art. 102 do Código Penal, oportunizando ocasião diversa para a retratação da representação pela vítima, em audiência especialmente designada para esse fim.
> - A retratação da representação ocorrida após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público é incapaz de gerar qualquer efeito, a teor do art. 102 do CP.

O recorrente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 213 c/c os arts. 224, *a*, e 225, § 1º, I, c/c o art. 71, todos do Código Penal, bem como no art. 129, § 9º, c/c o art. 61, II, *f*, por duas vezes, na forma do art. 69 do Código Penal.

Consta dos autos que o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Governador Valadares/MG intimou a vítima e sua representante, que teriam se retratado da representação e manifestado desejo de não prosseguir com a ação penal promovida em face do acusado.

Posteriormente, rejeitou a denúncia, "por falta de interesse da vítima", decisão contra a qual o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu parcial provimento ao recurso para cassar a decisão e determinar o regular andamento da ação penal. Relativamente ao delito do art. 129, § 9º, do CP, entendeu que a retratação só teria validade se realizada em audiência especialmente designada para tal fim, na forma do art. 16 da Lei 11.340/06. E que, relativamente ao delito de estupro, em face da irretratabilidade da representação depois de oferecida a denúncia, nos termos do art. 25 do Código de Processo Penal.

No presente recurso especial, aponta a Defensoria Pública ofensa ao art. 563 do Código de Processo Penal, sob o argumento de que o simples fato de a retratação não ter sido feita em audiência própria não é motivo para se anular o feito, visto que um simples vício procedimental não poderia ter o condão de macular todo o procedimento.

Afirma que o art. 16 da Lei 11.340/06 não retirou da esfera de disponibilidade da mulher o direito de impulsionar a ação penal.

Aponta divergência jurisprudencial relativamente à nulidade por vício procedimental.

Refere que o Tribunal *a quo*, ao determinar o prosseguimento do feito relativamente ao crime de estupro, incorreu em violação aos arts. 1º, 213 e 224, *a*, todos do Código Penal, uma vez que se afastou das peculiaridades do caso, em que a vítima, embora menor de 14 anos, possui com o acusado uma relação amorosa, residindo juntos.

Pugna pela concessão de *habeas corpus* de ofício para trancar a ação penal com relação ao delito de estupro, na forma do art. 654 do Código de Processo Penal.

Requer, ainda, a reforma do acórdão para se reconhecer como mera irregularidade a ausência de audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/06, com a extinção da punibilidade do recorrente pelo delito do art. 129 do Código Penal.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Admitido o recurso (f. 276), a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo seu parcial provimento (f. 291/298).

É o relatório.

Voto

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator) - Trata-se de recurso especial interposto por R.M.F. através da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu parcial provimento ao recurso

em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, para cassar a decisão e determinar o regular andamento da ação penal.

Relativamente ao delito do art. 129, § 9º, do CP, entendeu que a retratação só teria validade se realizada em audiência especialmente designada para tal fim, na forma do art. 16 da Lei 11.340/06 e, quanto ao delito de estupro, determinou o prosseguimento em face da irretratabilidade da representação depois de oferecida a denúncia, nos termos do art. 25 do Código de Processo Penal.

Em razões, aponta a Defensoria Pública ofensa ao art. 563 do Código de Processo Penal, sob o argumento de que o simples fato de a retratação não ter sido feita em audiência própria não é motivo para se anular o feito, visto que um simples vício procedimental não poderia ter o condão de macular todo o procedimento.

Afirma que o art. 16 da Lei 11.340/06 não retirou da esfera de disponibilidade da mulher o direito de impulsionar a ação penal.

Aponta divergência jurisprudencial relativamente à nulidade por vício procedimental.

Refere que o Tribunal *a quo*, ao determinar o prosseguimento do feito relativamente ao crime de estupro, incorreu em violação aos arts. 1º, 213 e 224, *a*, todos do Código Penal, uma vez que se afastou das peculiaridades do caso, em que a vítima, embora menor de 14 anos, possui com o acusado uma relação amorosa, residindo juntos.

Pugna pela concessão de *habeas corpus* de ofício para trancar a ação penal com relação ao delito de estupro, na forma do art. 654 do Código de Processo Penal.

Requer, ainda, a reforma do acórdão para se reconhecer como mera irregularidade a ausência de audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/06, com a extinção da punibilidade do recorrente pelo delito do art. 129 do Código Penal.

O recurso é tempestivo. A Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais foi intimada na pessoa de seu representante legal no dia 08.05.2009 (f. 122), e a petição de interposição do recurso especial foi protocolada em 1º.06.2009 (f. 126).

A matéria foi devidamente prequestionada.

O recorrente, no entanto, não logrou demonstrar a divergência jurisprudencial nos moldes determinados no art. 255 do RISTJ.

Satisfeitos em parte os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

Passo à análise da irresignação.

No presente caso, conforme já referido, a vítima e sua representante compareceram em Cartório e teriam manifestado o desejo de se retratarem.

No entanto, o art. 16 da Lei Maria da Penha (11.340/06) dispõe que,

> nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Referido dispositivo buscou dificultar a renúncia ou a retratação da representação, exigindo a sua realização em audiência especialmente designada para tanto pelo juiz, com prévia oitiva do Ministério Público. O que se pretende, segundo Guilherme de Souza Nucci (*Leis penais e processuais penais comentadas*, Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.273), "é atingir um maior grau de solenidade e formalidade para o ato", buscando "alcançar maior grau de conscientização da retratação da mulher, que afastará a punição do agressor". E continua: "Na audiência, o magistrado deve tornar bem claro à desistente as consequências do seu ato, advertindo-a novamente dos benefícios e medidas de proteção trazidas por esta Lei".

Dentro dessa perspectiva, verifica-se que o ato praticado pela ofendida e sua representante ao se dirigirem ao Cartório, no presente caso, não pode ser tido como uma retratação formal nos termos da Lei de Violência Doméstica, dada a sua irregularidade procedimental, atentando contra a própria finalidade da norma, que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes desta Corte:

> Processo penal. Lei Maria da Penha. Crime de lesão corporal leve. Ação penal pública condicionada à representação da vítima. Audiência especial. Retratação. Agravo desprovido.
> 1. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima.
> 2. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada.
> 3. Na espécie, não há ilegalidade na decisão do tribunal recorrido que determinou a realização da audiência de retratação perante o juízo especializado.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1.154.504/ES, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* de 29.11.2010).

> *Habeas corpus* preventivo. Lesão corporal leve praticada no âmbito familiar contra a mulher. Instauração da ação penal condicionada à representação da vítima. Precedente da 3ª seção desta Corte. Ressalva do ponto de vista do Relator. Pretensão persecutória manifestada pela vítima com o registro da ocorrência em delegacia e submissão a exame pericial. Desnecessidade de maiores formalidades. Retratação que somente pode ocorrer em juízo. Indispensabilidade, portanto, da audiência do art. 16 da Lei 11.340/06. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem parcialmente con-

cedida para anular o processo desde o recebimento da denúncia, para que seja oportunizada a realização da audiência do art. 16 da Lei 11.340/06.
1. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, por maioria de votos, por ocasião do julgamento do REsp. 1.097.042/DF, ocorrido em 24.02.2010, acolheu a tese da necessidade de representação da vítima como condição de procedibilidade da ação penal por crime de lesão corporal leve cometida no âmbito familiar. Ressalva do ponto de vista do Relator.
2. Todavia, pacífico o entendimento de que o oferecimento da representação prescinde de maiores formalidades, bastando que a ofendida demonstre o interesse na apuração do fato delituoso, o que é evidenciado, no caso dos autos, pelo registro da ocorrência na Delegacia de Polícia e a submissão a exame para apurar as lesões ocasionadas. Precedentes.
3. Admitida a representação, é indispensável a designação da audiência do art. 16 da Lei 11.340/06, porquanto eventual retratação somente pode ocorrer perante o juiz.
4. Ordem parcialmente concedida para anular o processo desde o recebimento da denúncia, para que seja designada a audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/06 (*HC* 134.866/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 28.06.2010).

Processual penal. *Habeas corpus*. Crime de lesão corporal leve. Lei Maria da Penha. Natureza da ação penal. Representação da vítima. Necessidade. Ordem concedida.
1. A Lei Maria da Penha é compatível com o instituto da representação, peculiar às ações penais públicas condicionadas e, dessa forma, a não aplicação da Lei 9.099, prevista no art. 41 daquela lei, refere-se aos institutos despenalizadores nesta previstos, como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo.
2. O princípio da unicidade impede que se dê larga interpretação ao art. 41, na medida em que condutas idênticas praticadas por familiar e por terceiro, em concurso, contra a mesma vítima, estariam sujeitas a disciplinas diversas em relação à condição de procedibilidade.
3. A garantia de livre e espontânea manifestação conferida à mulher pelo art. 16, na hipótese de renúncia à representação, que deve ocorrer perante o magistrado em audiência especialmente designada para esse fim, justifica uma interpretação restritiva do art. 41 da Lei 11.340/06.
4. O processamento do ofensor, mesmo contra a vontade da vítima, não é a melhor solução para as famílias que convivem com o problema da violência doméstica, pois a conscientização, a proteção das vítimas e o acompanhamento multidisciplinar com a participação de todos os envolvidos são medidas juridicamente adequadas, de preservação dos princípios do direito penal e que conferem eficácia ao comando constitucional de proteção à família.
5. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal 2006.01.1.119499-3, em curso no Juizado da Violência Doméstica Familiar contra a Mulher do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (*HC* 95.261/DF, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, Rel. para o acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* de 08.03.2010).

No que diz respeito à retratação pelo delito de estupro, ainda sem razão o recorrente.

A ação penal é pública, condicionada à representação, porquanto o delito foi praticado em 1º de abril de 2007 (anteriormente à vigência da Lei 12.015/2009), tendo a vítima apresentado atestado de pobreza.

Extrai-se dos autos que a genitora da vítima (menor de 13 anos) representou criminalmente em desfavor do recorrente em 02.04.2007 (f. 12), tendo sido oferecida a denúncia em 15.02.2008.

Posteriormente, conforme já referido, as representantes teriam comparecido em Cartório, manifestando o desejo de se retratarem.

Ocorre que a representação é irretratável depois de oferecida a denúncia. Sendo assim, eventual retratação ocorrida após o oferecimento da acusatória não importa em trancamento da ação penal.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

Penal. Estupro. Representação. Oferecimento da denúncia. Retratação. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Lei nº 8.072/90. Progressão de regime. Impossibilidade.
1. Consoante a Súmula nº 7 do STJ, o reexame do conjunto fático-probatório não se coaduna com a via estreita do recurso especial.
2. Nos termos do art. 25 do Código de Processo Penal e do art. 102 do Código Penal, a representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.
3. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que nas formas simples e mesmo com violência presumida, têm natureza hedionda, devendo a respectiva pena ser cumprida em regime prisional integralmente fechado. Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso.
4. Recurso conhecido parcialmente e, nessa parte, desprovido (REsp 327.313/DF, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, *DJ* de 28.04.2003).

Processual penal. Recurso ordinário de *habeas corpus*. Crime contra os costumes. Retratação da representação. Oferecimento da denúncia.
I - Os arts. 25 do CPP e 102 do CP deixam claro que a retratação só tem relevância jurídica se realizada antes do oferecimento da denúncia. O recebimento desta não é referencial para a verificação da eficácia da retratação.
II - Oferecida a proemial acusatória, a ação penal se torna indisponível.
Recurso desprovido (R*HC* 10.176/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 05.02.2001).

Ademais, no que diz respeito ao pleito de trancamento da ação penal em face das características pessoais da vítima, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a violência ficta, ou seja, aquela que é presumida pelas circunstâncias do art. 224 do Código Penal, tem caráter absoluto, sendo irrelevante o consentimento do menor de 14 (quatorze) anos para a caracterização do tipo previsto no art. 213 do Código Penal, tendo em vista a finalidade da norma que visa a coibir a prática de atos sexuais com menores (REsp. 1.021.634, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* de 04.10.2010; EREsp 666.474/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, *DJe* de 03.04.2009; EREsp 688.211/SC, Rel.ª Min. Laurita Vaz, *DJe* de 17.11.08).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.
É como 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, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 3 de março de 2011. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 14.03.2001.)

...

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Constitucional, Penal e Processual Penal - Tribunal do Júri - Confissão espontânea não debatida no Plenário - Autodefesa - Plenitude de defesa - Reconhecimento pelo magistrado de ofício - Possibilidade - Natureza objetiva da atenuante - Direito público subjetivo do réu - Princípios da individualização da pena e da proporcionalidade resguardados - Harmonização do art. 492, I, do Código de Processo Penal, aos arts. 65, III, *d*, do Código Penal, e 5º, XXXVIII, *a*, e XLVI, da Constituição da República

1 - Pode o Juiz Presidente do Tribunal do Júri reconhecer a atenuante genérica atinente à confissão espontânea, ainda que não tenha sido debatida no Plenário, quer em razão da sua natureza objetiva, quer em homenagem ao predicado da amplitude de defesa, consagrado no art. 5º, XXXVIII, *a*, da Constituição da República.

2 - É direito público subjetivo do réu ter a pena reduzida, quando confessa espontaneamente o envolvimento no crime.

3 - A regra contida no art. 492, I, do Código de Processo Penal deve ser interpretada em harmonia aos princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade.

4 - Conceder a ordem.

HABEAS CORPUS 106.376-MG - Relatora: MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Pacientes: Geraldo Roque da Silva e João Roque da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Procurador: Defensor Público-Geral Federal. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, em conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 1º de março de 2011. - *Ministra Cármen Lúcia* - Relatora.

Relatório

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - 1. *Habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Geraldo Roque da Silva e João Roque da Silva, contra decisão colegiada da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento ao Recurso Especial nº 1.157.292-MG, interposto pelo Ministério Público, nos termos seguintes:

> Penal e processual penal. Recurso especial. Júri. Dosimetria da pena. Aplicação de atenuante. Confissão espontânea. Julgamento realizado nos termos da Lei nº 11.689/08. Necessidade de ter sido a tese alvo dos debates.
> I - Com a reforma introduzida pela Lei nº 11.689/08, não há mais necessidade de submeter aos jurados quesitos acerca da existência de circunstâncias agravantes ou atenuantes.
> II - Não obstante, embora tenha sido transferido o exame da presença das referidas circunstâncias ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri, elas somente serão consideradas na dosimetria da pena desde que suscitadas nos debates orais, a teor do que prescreve o art. 492, inciso I, alínea *b*, do CPP.
> Recurso especial provido.

2. Em 1º.12.2010, indeferi a liminar e destaquei os aspectos relevantes da impetração, *verbis*:

> [...]
> 2. Historiou a impetrante que os pacientes foram denunciados pela prática de fato tipificado no art. 121, § 2º, II, c/c o art. 29, *caput*, do Código Penal.
> A decisão de pronúncia afastou a qualificadora e foram ambos submetidos a julgamento popular, tendo sido condenados ao cumprimento da pena privativa de liberdade correspondente a nove anos de reclusão.
> A sentença de primeiro grau reconheceu, de ofício, a atenuante relativa à confissão espontânea - art. 65, III, *d*, do Código Penal -, o que motivou o recurso de apelação apresentado pelo Ministério Público.
> Sem êxito no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Ministério Público interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, que o proveu, reconhecendo que somente as circunstâncias atenuantes e agravantes debatidas em Plenário poderiam ser valoradas.
> 3. A impetrante argumentou que a decisão do Superior Tribunal de Justiça encerra flagrante ilegalidade, especialmente em virtude das modificações introduzidas pela Lei 11.689/08 no Código de Processo Penal, 'que prevê que o juiz ao proferir a sentença deve considerar as circunstâncias agravantes e atenuantes alegadas nos debates'.
> Assinalou, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça não observou o texto do art. 65 do Código Penal, pois 'a confissão espontânea é uma circunstância atenuante obrigatória, não se tratando de mera faculdade do juiz'.

3. A impetrante pediu "a concessão da ordem de *habeas corpus* para manter a decisão do Presidente do Tribunal do Júri, sendo reconhecida a atenuante da confissão espontânea, com a devida adequação da pena".

4. A Procuradoria-Geral da República opinou favoravelmente à impetração, destacando que "não deve prevalecer a interpretação restritiva que o Superior Tribunal de Justiça conferiu ao art. 492, I, do Código de Processo Penal", posto que

> a cláusula alegada nos debates não pode impedir o Juiz Presidente de considerar as declarações do réu para efeito de reconhecimento da atenuante, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena (as atenuantes são de aplicação obrigatória, conforme o *caput* do art. 65 do Código Penal).

É o relatório.

Voto

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - 1. Discute-se neste *habeas corpus* a possibilidade de poder o Juiz Presidente do Tribunal do Júri reconhecer a atenuante genérica da confissão espontânea, mesmo não tendo sido o tema debatido em Plenário, no curso do julgamento.

2. O Superior Tribunal de Justiça, ao prover o recurso especial interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais, alicerçou-se no art. 492, I, *b*, do Código de Processo Penal, que estabelece, *verbis*:

> Em seguida, o presidente proferirá sentença que:
> I - no caso de condenação:
> a) fixará a pena-base;
> b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes *alegadas nos debates*;
> [...].

3. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, entretanto, quando negou provimento à apelação apresentada pelo Ministério Público, baseou-se no art. 65, III, *d*, do Código Penal, *verbis:*

> São circunstâncias que *sempre* atenuam a pena:
> [...]
> III - ter o agente:
> [...]
> d - confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
> [...].

4. Essa antinomia poderia ser resolvida pelos critérios da cronologia e da especialidade, conferindo ao art. 492 do Código de Processo Penal primazia frente ao art. 65 do Código Penal. Primeiro, porque a norma processual é mais recente (Lei 11.689/2008). Segundo, porque dispensa um tratamento específico à atenuante, impondo condições ao seu reconhecimento apenas no julgamento pelo Tribunal do Júri.

Essa linha de raciocínio, entretanto, não se harmoniza com o princípio constitucional da individualização da pena, consagrado no inciso XLVI, do art. 5º. Ao impedir o reconhecimento da atenuante pelo Juiz Presidente, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, e que é combatido neste *habeas corpus,* iguala aquele que confessa ao que nega os fatos, prestigiando a forma, ou a ausência dela, em detrimento do conteúdo.

Para Bettiol:

> [...] todo direito penal moderno é orientado no sentido da individualização das medidas penais, porquanto se pretende que o tratamento penal seja totalmente voltado para características pessoais do agente, a fim de que possa corresponder aos fins que se pretende alcançar com a pena ou com as medidas de segurança (BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Campinas: Red Livros, 2000, p. 336).

Ademais, o legislador infraconstitucional, no art. 68 do Código Penal, ao determinar que o juiz percorra, na segunda fase da dosimetria, as circunstâncias legais, consistentes nas agravantes e nas atenuantes, quis, como no caso dos autos, premiar o réu que confessa, distinguindo-o daquele que dificulta a prestação jurisdicional e que não demonstra qualquer arrependimento.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça, insista-se, ignora o princípio da proporcionalidade, que deriva do princípio da individualização da pena, à medida que estabelece um resultado final incompatível com as circunstâncias que envolvem o delito e o seu protagonista.

Como adverte Alberto Silva Franco:

> O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em conseqüência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 67).

5. Por outro lado, não se pode descuidar da natureza da atenuante.

A confissão espontânea, a exemplo do que ocorre também com outras circunstâncias atenuantes, como a menoridade e a senilidade (art. 65, I, do Código Penal), tem um caráter objetivo, pelo que a sua constatação independe do subjetivismo do Julgador.

Afigura-se impróprio, porque inócuo, determinar que seja debatido algo que documentalmente se comprovou e sobre tema do qual não subsistem dúvidas.

O legislador, ao impor a cláusula dos debates, voltou-se às agravantes e atenuantes de natureza subjetiva, despertando no Juiz Presidente a atenção para dados que, a teor do art. 483 do Código de Processo Penal, não são submetidos à apreciação dos jurados, mas que repercutem na pena.

Somente elas, por seu caráter subjetivo, reclamam alegação nos debates.

6. É de se ponderar também que a natureza cogente do art. 65 do Código Penal (são circunstâncias que sempre atenuam a pena) insere a confissão espontânea no rol do direito público subjetivo do réu, não podendo ser ignorada pelo juiz. Presentes os elementos caracterizadores da atenuante, deve o Magistrado reconhecê-la.

7. Por último, não se pode olvidar que o interrogatório do réu integra a defesa (autodefesa) e não pode ser desprezado no julgamento.

O art. 5º, XXXVIII, *a*, da Constituição da República assegura a plenitude de defesa nos julgamentos populares, não sendo possível ao legislador ordinário a possibilidade de mitigar essa prerrogativa.

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

> A plenitude de defesa revela uma dupla faceta, afinal a defesa está dividida em técnica e autodefesa. A primeira, de natureza obrigatória, é exercida por profissional habilitado, ao passo que a última é uma faculdade do imputado, que pode efetivamente trazer a sua versão dos fatos, ou valer-se do direito ao silêncio. Prevalece no júri a possibilidade não só da utilização de argumentos técnicos, mas também de natureza sentimental, social e até mesmo de política criminal, no intuito de convencer o corpo de jurados (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 746).

No caso dos autos, é de se anotar que a confissão do réu, ainda que não debatida pelo seu advogado em Plenário, foi exteriorizada no curso do processo, o que permite reconhecê-la como atenuante genérica.

8. Pelo exposto, atenta ao que se debateu neste *habeas corpus,* encaminho a votação no sentido de conceder a ordem, mantendo a condenação dos pacientes nos moldes estipulados pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Teófilo Otoni.

MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, impressiona-me o fato de ser alterada, em sede extraordinária, a decisão que confirmara a do juízo, colocando em segundo plano premissa básica: a autodefesa, no campo do processo penal, integra a defesa como um grande todo.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Presidente e Relatora) - Foi exatamente isso que mais me chamou a atenção neste caso, Ministro. Eu acho que cumpre o art. 5º da Constituição. No art. 5º da Constituição se quer toda a defesa.

MINISTRO MARCO AURÉLIO - Veiculou no interrogatório. Confessou a autoria. Por isso, penso que se olvidou o art. 482 do Código de Processo Penal, dando-se ênfase maior ao 492, no que alude realmente a questionamento quanto à matéria surgida nos debates no Plenário, a sugerir defesa técnica.

Acompanho Vossa Excelência, concedendo a ordem.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Presidente e Relatora) - Só um comentário rapidíssimo, Ministro.

MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não fossem as duas decisões das Minas Gerais.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Presidente e Relatora) - Eu achei curioso que o Superior Tribunal está adotando majoritariamente, na jurisprudência que pesquisei, este entendimento: se não estiver nos debates orais, não pode ser levado em consideração. A caminharmos por aí, significa que a autodefesa não vale nada. Então a Constituição estabelece que a ampla defesa restringe a própria parte.

MINISTRO MARCO AURÉLIO - Um fato que surge ante a autodefesa, que é a confissão espontânea. A confissão espontânea não pode ser veiculada pela defesa técnica! É sempre pessoal. Parte do acusado.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Presidente e Relatora) - Mas a tendência jurisprudencial lá é essa, porque eu achei muitas decisões como esta.

MINISTRO MARCO AURÉLIO - É interessante.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Presidente e Relatora) - Mas não achei nesse sentido, achei a doutrina no sentido em que nós estamos adotando, mas no Superior Tribunal não.

MINISTRO MARCO AURÉLIO - A confissão, repito, é própria, é pessoal.

Extrato de ata

Decisão: A Turma concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 1º. 03.2011.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Carmem Lílian - Coordenadora.

(Publicado no *DJe* de 1º.06.2011.)

...

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Estadual 10.180, de 19 de junho de 1990, de Minas Gerais.

2. Custas judiciais cobradas pelo Oficial do Registro Civil e recolhidas à disposição do Juiz de Paz.

3. Inconstitucionalidade formal. Ocorrência. Competência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para propositura da lei. Projeto de Lei proposto pelo Governador do Estado.

4. Os juízes de paz, na qualidade de agentes públicos, ocupam cargo cuja remuneração deve ocorrer com base em valor fixo e predeterminado, e não por participação no que é recolhido aos cofres públicos. Além disso, os juízes de paz integram o Poder Judiciário e a eles se impõe a vedação prevista no art. 95, parágrafo único, II, da Constituição, a qual proíbe a percepção, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processo pelos membros do Judiciário. Inconstitucionalidade material.

5. Inconstitucionalidade da expressão "recolhidas à disposição do Juiz de Paz".

6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 954-MG - Relator: MINISTRO GILMAR MENDES

Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado de Minas Gerais. Advogado: Ronaldo Maurílio Cheib. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Advogados: Márcio Heleno da Silva e outros.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária; sob a presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, julgar procedente a ação direta, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 24 de fevereiro de 2011. *Ministro Gilmar Mendes* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator) - Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, proposta pelo Procurador-Geral da República, contra o parágrafo único do art. 2º da Lei 10.180, de 19 de junho de 1990, do Estado de Minas Gerais, que altera a redação de dispositivos da Lei 7.399, de 1º de dezembro de 1978 (Regimento de Custas do Estado de Minas Gerais).

Eis o teor do dispositivo normativo impugnado:

> Art. 2º. A Tabela 5 do Anexo II da Lei nº 7.399, de 1º de dezembro de 1978, passa a vigorar na forma constante do anexo desta Lei.
> Parágrafo único. As custas por atos previstos na tabela 5, referida neste artigo, serão cobradas pelo Oficial do Registro Civil e recolhidas à disposição do Juiz de Paz.

O Procurador-Geral da República alega que:

> a) o item 2 da Tabela 5, 'a que se refere à disposição transcrita, fixa o valor de 15% do VR para habilitação de casamento (inclusive religioso com efeitos civis) e o item 3 dessa mesma Tabela estabelece o valor de 50% do VR para celebração de casamento, no perímetro urbano, e 1% do VR, no perímetro suburbano, sendo gratuita, porém a celebração de casamento em Cartório, na casa do Juiz ou do Escrivão de Paz ou em edifício público; [...]'.
> b) ao determinar que as custas cobradas para processo de habilitação de casamento fossem recolhidas à disposição do Juiz de Paz, remunerado pelos cofres públicos e responsável somente pela verificação do processo de habilitação e pelo ato de celebração, conquanto seja a habilitação promovida perante o Oficial do Registro Civil, em caráter privado, como prevê o art. 236 da Constituição Federal, o dispositivo impugnado afrontaria os arts. 98, II, e 236 da Lei Magna.

Por fim, solicita, liminarmente, a suspensão da eficácia do dispositivo impugnado até a decisão final da ação, "em face da relevância dos fundamentos jurídicos do pedido e do *periculum in mora*, porque os emolumentos relativos à habilitação de casamento não estão sendo destinados, como deveriam, aos Oficiais de Registro Civil, mas sim ao Juiz de Paz, que só pode ser remunerado pelos cofres públicos".

A Procuradoria-Geral da República, por meio de ofício dirigido ao Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, indagou sobre o destino dado às custas cobradas por atos do Juiz de Paz, relativas à habilitação de casamento (inclusive religioso com efeitos civis), previstas no item 2 da Tabela 5, anexo à Lei nº 10.180, de 19 de junho de 1990, do Estado de Minas Gerais, e colocadas à disposição do Juiz de Paz, nos termos do parágrafo único do art. 20. Questionou também se havia previsão legal de cobrança de emolumentos ou custas sobre a habilitação de casamento além da prevista no item 2 da Tabela "5", anexa à Lei 10.180, de 1990.

Em resposta a esse ofício, o Corregedor de Justiça do Estado de Minas Gerais informou que os emolumentos cobrados por atos do Juiz de Paz relativos à habilitação de casamento, em consonância com a redação da lei impugnada, têm como destinatário o Juiz de Paz, embora sejam recolhidos pelo Oficial do Registro Civil.

Em informações de f. 81/85, o Governador do Estado de Minas Gerais, salientou que:

a) a lei ora impugnada tem o intuito de adaptar a Lei Estadual 7.399/78 - que, em seu art. 16, conceituou como emolumentos judiciais as despesas com atos extrajudiciais praticados em razão do ofício e especificados nas tabelas anexas - à atual Constituição Federal, em razão da amplitude da competência por ela autorizada;
b) pelo art. 16 da Lei 7.399/78, norma não impugnada, os emolumentos estão vinculados ao ofício praticado, e a atribuição de verificar o processo de habilitação do casamento compete ao Juiz de Paz, não constituindo motivo de surpresa ser-lhe conferida remuneração por tal ofício;
c) na verdade, a presente ação faz 'pano de fundo para a reivindicação da Associação dos Oficiais do Registro Civil das Pessoas Naturais do Estado de Minas Gerais - Recivil, que vem interpretando o texto constitucional da maneira mais aprazível para si *data venia'*;
d) é defeso à ação direta de inconstitucionalidade ter por objeto a interpretação de norma estadual;
e) se não se entender prejudicada a ação, é preferível, entre duas interpretações possíveis, a que não infirma o ato;
f) caberá à lei federal ordinária prevista pelo art. 236, § 2°, da Constituição de 1988, estabelecer as normas gerais para a fixação dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, mas, sendo da União a competência para a fixação de normas gerais - art. 22, inciso XXV -, da Lei Maior, não fica excluída a competência suplementar dos Estados para legislar a respeito, consoante o art. 24, § 2°, da Lei Magna de 1988;
g) se nem mesmo as normas gerais foram efetivadas, o Estado de Minas Gerais podia, sem dúvida, disciplinar sobre a matéria.

A Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais sustenta:

a) se, em momento algum, o autor se insurge contra o recolhimento de custas, à disposição do Juiz de Paz, referentes ao ato de celebração do casamento em si, reconhecendo, assim, tacitamente, a constitucionalidade desse recolhimento, razão não há para a arguição de inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, 'já que o mesmo diz respeito às custas pelos atos previstos na Tabela 5, ou seja, todos os atos de Juiz de Paz, inclusive aqueles cujos recolhimentos das custas foram reconhecidos como constitucionais';
b) houve equívoco na impugnação do dispositivo, pois, considerando-se que a Tabela 5 do Anexo II faz parte da Lei 7.399/78 e possui conteúdo normativo, '[...] a ação deveria ter como objeto a declaração de sua inconstitucionalidade, mais especificamente de seu n° 2, para que se mantivesse coerência com os fundamentos expostos'.
c) havendo o art. 98, II, da Lei Maior inovado o ordenamento constitucional, uma vez que a Justiça de Paz sempre foi gratuita, não prevalece a assertiva do autor de que o Juiz de Paz só pode ser remunerado pelos cofres públicos, pois a forma de sua remuneração não é indicada;
d) não há afronta ao art. 236 da Constituição Federal, pois este diz respeito somente aos serviços notariais e de registro, atos que não são atribuições de Juiz de Paz, como se verifica pela Tabela 5 a que se refere o parágrafo único impugnado.

Em acórdão de f. 125/135, esta Corte, à unanimidade, indeferiu o pedido de liminar, por não vislumbrar incompatibilidade material entre a norma impugnada e a Constituição.

A Advocacia-Geral da União, em manifestação de f. 139/145, alega que, na Representação n° 1.271, o Ministro Rafael Mayer pronunciou-se no sentido de que o fato de a remuneração se fazer com as custas pagas pelos interessados não atrita com proibição constitucional alguma. Ademais, não se pode incluir os juízes de paz na proibição do recebimento de custas dirigida ao magistrado da jurisdição em caráter permanente.

O parecer da Procuradoria-Geral da República é pela improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade (f. 147/152).

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator) - Versam os autos desta ação direta de inconstitucionalidade sobre a incompatibilidade do parágrafo único do art. 2° da Lei 10.180, de 16 de junho de 1990, do Estado de Minas Gerais, com os arts. 98, II, e 236 da Constituição Federal. O referido dispositivo altera a redação de dispositivos do Regimento de Custas do Estado de Minas Gerais, determinando que as custas "serão cobradas pelo Oficial do Registro Civil e recolhidas à disposição do Juiz de Paz".

As normas constitucionais que ensejam a presente ação possuem o seguinte teor:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
[...]
II - Justiça de Paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.
[...]
Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.
§ 1° 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.
§ 2° Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.
§ 3° 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.

Nesses dispositivos, não se verifica qualquer óbice à norma impugnada. Não se fala que a Justiça de Paz será remunerada pelos cofres públicos. Fala-se apenas em "remuneração", não se determinando, pois, se a remuneração será pública ou privada.

No entanto, a alínea *b*, inciso II, do art. 96 da Carta Magna dispõe o seguinte:

> Art. 96. Compete privativamente:
> [...]
> II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:
> [...]
> b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver.

A alínea *b* desse dispositivo, apesar das modificações trazidas pelas Emendas Constitucionais 19/1998 e 41/2003, não sofreu alteração substancial de seu conteúdo. A sua redação original determinava que era de competência do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo "a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados".

Assim, a competência para propor a referida lei ao Poder Legislativo mineiro é do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Verifico que a lei impugnada foi proposta pelo Governador Newton Cardoso (Projeto de Lei 923/1988, publicado no *Diário do Judiciário* de 21.06.1988), padecendo de inconstitucionalidade formal.

Esse foi o entendimento esposado por este Tribunal no julgamento da ADI 1.051, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 13.10.1995: "A remuneração dos juízes de paz somente pode ser fixada em lei de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado".

Ademais, entendo que os juízes de paz, na qualidade de agentes públicos, ocupam cargo cuja remuneração deve ocorrer com base em valor fixo e predeterminado, e não por participação no que é recolhido aos cofres públicos.

Além disso, os juízes de paz integram o Poder Judiciário e a eles se impõe a vedação prevista no art. 95, parágrafo único, II, da Constituição, a qual proíbe a percepção, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processo pelos membros do Judiciário.

Por isso, reconheço, também, a inconstitucionalidade material da norma impugnada.

Ante o exposto, voto pela declaração de inconstitucionalidade da expressão *"recolhidas à disposição do Juiz de Paz"* contida no parágrafo único do art. 2° da Lei 10.180, de 16 de junho de 1990, do Estado de Minas Gerais.

É como voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, apenas para firmar o convencimento - e revelá-lo - quanto ao fato de as custas serem atribuídas ao Juiz de Paz.

Penso que também há a inconstitucionalidade material. Quando a Constituição se refere a Juiz de Paz remunerado, é remunerado pelos cofres públicos. E já foi o tempo em que servidor, no sentido largo, tinha participação no que deveria ser arrecadado pelo Estado. Tivemos no passado a situação dos fiscais. Findou, na nossa Administração Pública, essa forma de se partilhar algo que deve ser recolhido aos cofres públicos.

O Juiz de Paz ocupa um cargo, vinculado a um mandato de quatro anos, e a remuneração deve partir estritamente dos cofres públicos. Não é possível dizer que as custas, porventura devidas pelos usuários do serviço, devam ser recolhidas e atribuídas à pessoa natural, que é o Juiz de Paz.

Voto

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Não se desconhece que a Constituição da República, ao dispor sobre a organização do Poder Judiciário, nesta incluiu a Justiça de Paz, que se qualifica como verdadeira magistratura eletiva, a quem se outorgou, dentre outras atribuições, competência de caráter judiciário (exercício da atividade de conciliação), vedando-se-lhe, no entanto, no contexto dessa estrita função de ordem material, o desempenho de atividades revestidas de índole jurisdicional (CF, art. 98, II).

Com efeito, a Justiça de Paz temporária, além de compor o Poder Judiciário, integra a organização judiciária local, como resulta da interpretação conjugada do art. 98, II, c/c o art. 92, VII, da Constituição da República.

O Juiz de Paz qualifica-se como órgão judiciário estadual, pois, insista-se, a Justiça de Paz temporária posiciona-se na estrutura orgânica do Poder Judiciário do Estado-membro, segundo prescreve a LOMAN (art. 112 c/c o art. 17, § 5°), em texto plenamente compatível com o que dispõe a própria Constituição (art. 98, II, c/c o art. 92, VII).

Se é certo, portanto, tal como adverte Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n° 1 de 1969*, 2. ed. São Paulo: RT, 1974, item n. 27, tomo IV, p. 333), que o Juiz de Paz "não é juiz togado", nem exerce função jurisdicional, não é menos exato que esse agente público está vinculado à Justiça de Paz temporária, constitucionalmente qualificada como órgão que compõe a estrutura institucional do Poder Judiciário (CF, art. 98, 11).

Na realidade, os juízes de paz, embora não sejam vitalícios - porque "eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos" (CF, art. 98, II) - , qualificam-se como membros integrantes de uma especial e expressiva magistratura, a que se referiram, desde

a Independência, as sucessivas Constituições brasileiras, notadamente a Carta Política do Império do Brasil (art. 162), sob cuja égide foi editada a Lei imperial de 15 de outubro de 1827, que dispôs sobre a organização da Justiça de Paz em nosso País.

A qualificação dos juízes de paz, como membros integrantes da Magistratura, é ressaltada por Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n° 1 de 1969*, 2. ed. São Paulo: RT, 1974, item n. 25, tomo IV, p. 328), cujo autorizado magistério assim examina o tema:

> Os juízes de que trata o texto não são vitalícios.
> São inamovíveis; gozam de irredutibilidade de vencimentos, se os têm. Não podem ter mais de setenta anos de idade; e os deveres são os *de todos* os juízes, não se lhes permitindo o exercício de outra função pública [...] porquanto, se não fazem parte da Justiça de carreira, *juízes* são, e juízes não há sem as garantias reputadas indispensáveis ao bom cumprimento da sua função específica [...]. (grifei)

Por tal razão, vale dizer, pelo fato de incluir-se a Justiça de Paz na organização estrutural do Poder Judiciário, é que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que, tratando-se da definição do estipêndio funcional devido aos juízes de paz, compete ao Tribunal de Justiça do Estado, com exclusividade (CF, art. 96, II, *b*), a iniciativa do concernente processo legislativo: *"A remuneração dos juízes de paz somente pode ser fixada em lei de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado"* (*RTJ* 158/767, Rel. Min. Maurício Corrêa - grifei).

As razões que venho de expor evidenciam que a matéria veiculada no diploma normativo ora em exame subsume-se, em função de seu próprio conteúdo, a noção de "organização judiciária", a significar, portanto, que a respectiva proposição legislativa inclui-se na esfera do poder de iniciativa que o ordenamento constitucional reservou, com exclusividade, ao Tribunal de Justiça (CF, art. 125, § 1°).

Disso resulta que se registrou, na espécie, típica hipótese configuradora de usurpação do poder de instauração do processo legislativo, pois não se revelava constitucionalmente lícito ao Governador do Estado submeter, por sua própria iniciativa, projeto de lei destinado a disciplinar, no Estado de Minas Gerais, a remuneração devida aos juízes de paz.

Como acentuei, em passagem anterior deste voto, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão concernente ao estipêndio funcional devido aos juízes de paz, deixou estabelecido, nesse tema, que "A remuneração dos *juízes* de *paz somente pode* ser *fixada* em *lei* de *iniciativa exclusiva* do *Tribunal* de *Justiça* do *Estado"* (ADI 1.051/SC, Rel. Min. Maurício Corrêa - grifei).

Evidente, pois, considerada a usurpação ocorrida, que a norma legal em questão revela-se formalmente inconstitucional, na linha do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte.

Cabe assinalar, ainda, que a sanção ao projeto de lei não convalida o vício de inconstitucionalidade resultante da usurpação do poder de iniciativa (ADI 2.867/ES, Rel. Min. Celso de Mello), eis que, como anteriormente referido, a instauração do processo legislativo, na matéria ora em exame, só poderia ser legitimamente formalizada pelo Tribunal de Justiça, revelando-se inaplicável, por incompatível com o modelo instituído pela vigente Constituição, a fórmula contida na Súmula n° 5/STF, cuja insubsistência foi reconhecida, em diversos precedentes, pelo Plenário desta Suprema Corte (*RTJ* 168/87, Rel. Min. Celso de Mello - *RTJ* 180/91, Rel. Min. Maurício Corrêa - ADI 1.38l-MC/AL, Rel. Min. Celso de Mello - ADI 2.192-MC/ES, Rel. Min. Marco Aurélio - ADI 2.840/ES, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, *v.g.*).

Há, ainda, Senhor Presidente, um outro aspecto a ser considerado e que constituiu objeto de destaque feito pelo eminente Ministro Marco Aurélio.

Refiro-me ao fato de que os juízes de paz, porque componentes de uma magistratura especial, eletiva e temporária (CF, art. 98, II), estão sujeitos à vedação imposta pelo art. 95, parágrafo único, inciso II, da Lei Fundamental, que os impossibilita de receber, a qualquer titulo ou pretexto, custas ou emolumentos referentes aos processos (como o de habilitação matrimonial) em que atuem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Eles não exercem uma atividade...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - ... jurisdicional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não é de caráter privado, como ocorre relativamente aos notários e registradores ante o concurso público previsto no art. 236 da Constituição Federal.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Qualifica-se como estatal a atividade desempenhada pelos juízes de paz, que não podem, sob pena de grave ofensa ao ordenamento constitucional, receber custas ou emolumentos, como autorizado pelo diploma legislativo mineiro questionado, nesta sede processual, pelo Senhor Procurador-Geral da República.

Isso significa que a Lei estadual mineira incide em dupla inconstitucionalidade: uma, de índole formal (usurpação, pelo Governador do Estado, do poder de iniciativa reservado ao Tribunal de Justiça local), e outra, de caráter material (autorização para o Juiz de Paz receber custas por efeito de sua atuação no procedimento administrativo de habilitação para o casamento).

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator) - Presidente, incorporo esses fundamentos porque, parece-me, até por razões de política judiciária, fundamental que haja essa definição. Do contrário, podemos incorrer em ampliação da possibilidade deste modelo remuneratório alternativo com sérios riscos para todo o sistema.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Cancelado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator) - É.

Voto

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, quero votar na mesma linha, assentando a inconstitucionalidade formal e material da... É uma resolução, não é, Ministro Gilmar Mendes?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Cancelado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator) - É uma tabela.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É uma tabela anexa à Lei nº 7.399.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator) - É uma lei de iniciativa do Poder Executivo.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Do Poder Executivo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator) - E tratava a questão como se fosse de emolumentos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Isso. Acho que o Ministro Marco Aurélio trouxe à baila uma consideração muito importante, uma observação procedente: os notários são remunerados por emolumentos, porque eles são delegatários de atividade pública, mas uma atividade que é exercida em caráter privado, diz a Constituição. Aqui, não, cuida-se de Justiça de Paz, feita por agentes públicos, recrutados, entretanto, mediante um processo eletivo - não há nomeação propriamente dita, a investidura é diferenciada, é eletiva -, mas, além dessa previsão constitucional, a Constituição deixa claro que eles são agentes públicos.

Eu só não quero, neste momento, Senhor Presidente, comprometer-me com a tese de que essa Justiça de Paz faça parte da estrutura do Poder Judiciário, por enquanto.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - A Justiça de Paz temporária, além de compor o Poder Judiciário, integra a organização judiciária local, como resulta da interpretação conjugada do art. 98, II, c/c o art. 92, VII, da Constituição da República.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É porque a Constituição, no art. 92, ao inventariar, ao listar os órgãos do Poder Judiciário, não falou de Justiça de Paz. Mas é verdade também que, muitas vezes, a norma, por inteiro, que se extrai de um dispositivo, pode estar fragmentada.

O art. 92 contém um fragmento de norma, e o art. 98 contém outro fragmento de norma.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - O Juiz de Paz qualifica-se como órgão judiciário estadual, pois, insista-se, a Justiça de Paz temporária posiciona-se na estrutura orgânica do Poder Judiciário do Estado-membro, segundo prescreve a LOMAN (art. 112 c/c o art. 17, § 5º), em texto plenamente compatível com o que dispõe a própria Constituição (art. 98, II, c/c o art. 92, VII).

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É um juiz estadual.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Bem, nessa medida, eu apenas não me comprometo de todo, com esse fundamento, mas seguirei meditando e cumprimentando o Ministro Celso de Mello pelo brilhantismo do seu voto, na mesma linha do brilho do Ministro Gilmar Mendes.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Cancelado.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Mas, ao que parece, a Justiça de Paz vai além dessa atividade.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - Historicamente, há uma distinção entre a celebração do casamento e a habilitação para o casamento.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Há, sim!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - O parágrafo único do art. 1.512 do Código Civil vigente deixa claro que a habilitação será gratuita para os que declararem pobreza.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - É verdade, não há dúvida de que existe clara distinção entre o procedimento administrativo de habilitação para o

casamento e o seu momento culminante, que é a celebração do próprio ato de casamento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A celebração é que é gratuita.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Embora gratuita a celebração do casamento civil, por efeito de expressa determinação constitucional (CF, art. 226, § 1°), o mesmo não ocorre com o procedimento de habilitação para o casamento (Lei dos Registros Públicos, arts. 67/69, e Código Civil, arts. 1.525/1.532), ressalvada, por óbvio, a situação dos reconhecidamente pobres, que ficarão isentos do pagamento de emolumentos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - As custas seriam para a habilitação, para aqueles que não se declaram pobres na forma da lei.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Não, mas a celebração do casamento civil é gratuita, diz a Constituição.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - Exato, a celebração é gratuita para qualquer pessoa, independentemente de sua situação econômica.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Para qualquer pessoa, observando-se, no ponto, velha tradição que nos advém da primeira Constituição republicana, a Constituição de 1891 (art. 72, § 4°).

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia (§ 3° do art. 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental n° 26, de 22 de outubro de 2008).

Extrato de ata

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 24.02.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ *Luiz Tomimatsu* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 26.05.2011.)

...

ÍNDICE NUMÉRICO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corte Superior

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0570.07.014954-9/002	Inc.Arg.Inc.Cív.	Salinas	José Antonino Baía Borges	49

Jurisprudência Cível

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.10.048744-6/000	Confl.Comp.	Juiz de Fora	Sandra Fonseca	95
1.0024.04.213378-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Eduardo Andrade	117
1.0024.05.701460-7/008	Agr.Instr.Cív.	Belo Horizonte	José Flávio de Almeida	143
1.0024.05.737788-9/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Wander Marotta	241
1.0024.06.217741-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Maurício Barros	201
1.0024.07.392982-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	José Antônio Braga	133
1.0024.07.571770-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Generoso Filho	185
1.0024.07.683355-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Selma Marques	188
1.0024.08.104256-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Osmando Almeida	108
1.0024.08.248251-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Luiz Carlos Gomes da Mata	176
1.0024.08.841426-3/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Alberto Henrique	147
1.0024.08.966200-1/001	Reex.Nec.Cív.	Belo Horizonte	Audebert Delage	149
1.0024.09.322206-5/001	Agr.Instr.Cív.	Belo Horizonte	Edilson Fernandes	104
1.0024.09.479362-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Rogério Medeiros	181
1.0024.09.534896-7/001	Ap.Cív./Reex.Nec.	Belo Horizonte	Fernando Botelho	208
1.0024.09.576383-5/001	Ap.Cív./Reex.Nec .	Belo Horizonte	Elias Camilo	141
1.0024.09.663704-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Francisco Kupidlowski	206
1.0024.09.692363-6/001	Reex.Nec.Cível	Belo Horizonte	Roney Oliveira	215
1.0024.09.705408-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Manuel Saramago	145
1.0024.09.719691-9/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Vieira de Brito	190
1.0024.09.739994-3/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Antônio Bispo	251
1.0024.10.012971-7/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Edivaldo George dos Santos	192
1.0024.10.034029-8/002	Agr.Instr.Cív.	Belo Horizonte	Armando Freire	195
1.0024.10.038969-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Silas Vieira	84
1.0024.10.113189-4/001	Reex.Nec.Cív.	Belo Horizonte	Dárcio Lopardi Mendes	111
1.0024.10.121432-8/001	Agr.Instr.Cív.	Belo Horizonte	Nicolau Masselli	166
1.0024.10.175778-9/001	Agr.Instr.Cív.	Belo Horizonte	Mota e Silva	115
1.0024.10.204218-1/001	Agr.Instr.Cív.	Belo Horizonte	Teresa Cristina da Cunha Peixoto	237
1.0024.10.211250-5/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Eduardo Mariné da Cunha	246
1.0024.10.254770-0/001	Agr.Instr.Cív.	Belo Horizonte	Fernando Caldeira Brant	123
1.0024.83.039325-2/002	Agr.Instr.Cív.	Belo Horizonte	Mauro Soares de Freitas	87
1.0026.07.028688-0/001	Ap.Cível	Andradas	Tibúrcio Marques	161
1.0035.08.131812-9/001	Ap.Cível	Araguari	Valdez Leite Machado	170
1.0042.06.014280-1/001	Ap.Cível	Arcos	Almeida Melo	65
1.0056.10.011182-4/001	Agr.Instr.Cív.	Barbacena	Albergaria Costa	64
1.0071.07.031093-4/001	Ap.Cível	Boa Esperança	Márcia De Paoli Balbino	74
1.0105.09.315947-0/001	Ap.Cível	Gov.Valadares	Tarcísio Martins Costa	127
1.0105.09.324941-2/001	Ap.Cível	Gov.Valadares	Cláudia Maia	130

1.0114.10.012043-4/001	Agr.Instr.Cív.	Ibirité	José Marcos Rodrigues Vieira	244
1.0142.08.022446-2/001	Ap.Cível	Carmo do Cajuru	Guilherme Luciano Baeta Nunes	68
1.0145.02.002879-4/002	Agr.Instr.Cív.	Juiz de Fora	Arnaldo Maciel	58
1.0145.03.062467-3/003	Agr.Instr.Cív.	Juiz de Fora	Batista de Abreu	98
1.0145.06.293575-7/006	Agr.Instr.Cív.	Juiz de Fora	Maurílio Gabriel	124
1.0145.06.294008-8/002	Ap.Cível	Juiz de Fora	Otávio Portes	125
1.0145.08.491031-7/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Vanessa Verdolim Hudson Andrade	135
1.0145.08.503179-0/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Lucas Pereira	138
1.0145.09.528621-0/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Brandão Teixeira	203
1.0145.10.032892-4/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Gutemberg da Mota e Silva	80
1.0145.10.053815-9/001	Agr.Instr.Cív.	Juiz de Fora	André Leite Praça	199
1.0151.09.029599-0/001	Ap.Cível	Cássia	Moreira Diniz	72
1.0153.10.001552-5/001	Ap.Cível	Cataguases	Alvimar de Ávila	54
1.0153.10.005999-4/001	Agr.Instr.Cív.	Cataguases	Belizário de Lacerda	60
1.0194.10.001688-1/001	Ap.Cível	Cel. Fabriciano	Alberto Vilas Boas	55
1.0231.10.009531-5/001	Ap.Cível	Rib.das Neves	Maria Elza	62
1.0271.08.122676-0/001	Ap.Cível	Frutal	Afrânio Vilela	169
1.0287.06.028329-1/001	Agr.Instr.Cív.	Guaxupé	Peixoto Henriques	70
1.0287.07.035692-1/002	Emb.Infr.Cív.	Guaxupé	Alberto Aluízio Pacheco de Andrade	82
1.0312.09.012841-3/001	Ap.Cível	Ipanema	Antônio de Pádua	155
1.0324.05.031106-1/001	Agr.Instr.Cív.	Itajubá	Dídimo Inocêncio de Paula	78
1.0338.09.093409-6/001	Agr.Instr.Cív.	Itaúna	Tiago Pinto	105
1.0358.07.014507-5/001	Ap.Cível	Jequitinhonha	Saldanha da Fonseca	160
1.0382.10.001219-6/001	Reex.Nec.Cív.	Lavras	Geraldo Augusto	92
1.0433.10.017925-1/002	Agr.Instr.Cív.	Montes Claros	Kildare Carvalho	67
1.0439.09.104716-7/001	Ap.Cível	Muriaé	Wanderley Paiva	164
1.0470.10.005867-1/001	Agr.Instr.Cív.	Paracatu	Bitencourt Marcondes	93
1.0479.07.137300-1/001	Ap.Cível	Passos	Wagner Wilson	174
1.0480.05.077708-9/003	Ap.Cível	Patos de Minas	Luciano Pinto	217
1.0480.06.082783-3/001	Ap.Cível	Patos de Minas	Pedro Bernardes	99
1.0487.05.014273-5/001	Ap.Cível	Pedra Azul	Marcelo Rodrigues	157
1.0512.08.056958-9/003	Ap.Cível	Pirapora	José Affonso da Costa Côrtes	96
1.0517.06.000793-0/004	Ap.Cív./Reex.Nec.	Poço Fundo	Edgard Penna Amorim	53
1.0607.07.036557-4/001	Ap.Cível	Santos Dumont	Antônio Sérvulo	198
1.0672.03.102704-4/002	Ap.Cível	Sete Lagoas	Caetano Levi Lopes	106
1.0672.07.250553-6/003	Ap.Cível	Sete Lagoas	Cabral da Silva	119
1.0672.08.309766-3/001	Ap.Cível	Sete Lagoas	Evangelina Castilho Duarte	178
1.0689.08.005653-4/001	Ap.Cível	Tiros	Pereira da Silva	153
1.0701.06.162775-1/001	Ap.Cível	Uberaba	Heloísa Combat	112
1.0702.07.356265-5/001	Ap.Cível	Uberlândia	Sebastião Pereira de Souza	249
1.0702.08.434615-5/001	Agr.Instr.Cív.	Uberlândia	Hilda Teixeira da Costa	179
1.0702.10.003278-9/001	Ap.Cível	Uberlândia	Marcos Lincoln	152
1.0702.10.040861-7/001	Ap.Cível	Uberlândia	Barros Levenhagen	88
1.0702.10.048012-9/001	Agr.Instr.Cív.	Uberlândia	Domingos Coelho	90
1.0707.10.000272-4/004	Ap.Cível	Varginha	Nilo Lacerda	191

Jurisprudência Criminal

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.09.511420-3/000	Aç.Penal-Proc.Ord.	Jacutinga	José Antonino Baía Borges	324
1.0000.10.018676-6/000	Rev.Criminal	Belo Horizonte	Beatriz Pinheiro Caíres	264

1.0000.10.044431-4/000	Exc.Susp.Crim.	Montes Claros	Duarte de Paula	315
1.0000.10.061066-6/000	Confl.de Jurisd.	Carangola	Herbert Carneiro	276
1.0000.10.063880-8/000	Mand.Segur.Crim.	Teófilo Otoni	Alexandre Victor de Carvalho	277
1.0000.10.072605-8/000	Confl.Jurisd.	Ipatinga	Nelson Missias de Morais	281
1.0000.10.074690-8/000	Habeas Corpus	Juiz de Fora	José Mauro Catta Preta Leal	330
1.0024.08.845134-9/001	Rec.Sent.Estr.	Belo Horizonte	Júlio César Lorens	298
1.0040.08.080787-4/001	Ap.Crim.	Araxá	Doorgal Andrada	310
1.0056.04.067998-9/001	Ap.Crim.	Barbacena	Eduardo Machado	279
1.0056.05.107194-4/001	Ap.Crim.	Barbacena	Agostinho Gomes de Azevedo	322
1.0069.08.022479-8/001	Ap.Crim.	Bicas	Antônio Carlos Cruvinel	268
1.0071.06.028385-1/001	Ap.Crim.	Boa Esperança	Marcílio Eustáquio Santos	269
1.0079.09.970221-3/001	Agr.Exec.Penal	Contagem	Eduardo Brum	300
1.0112.08.084791-9/001	Ap.Crim.	Campo Belo	Judimar Biber	318
1.0145.04.127904-6/001	Ap.Crim.	Juiz de Fora	Cássio Salomé	311
1.0183.08.144987-2/001	Ap.Crim.	Cons.Lafaiete	Alberto Deodato Neto	290
1.0183.09.157056-8/001	Rec.Sent.Estrito	Cons.Lafaiete	Antônio Armando dos Anjos	314
1.0239.08.009706-0/001	Ap.Crim.	Entre-Rios de Minas	Rubens Gabriel Soares	259
1.0261.10.001662-3/001	Ap.Crim.	Formiga	Delmival de Almeida Campos	255
1.0330.06.005076-3/001	Ap.Crim.	Itamonte	Ediwal José de Morais	257
1.0334.07.011609-3/001	Rec.Sent.Estrito	Itapajipe	Adilson Lamounier	263
1.0342.06.082963-3/001	Ap.Crim.	Ituiutaba	Flávio Leite	283
1.0352.08.043036-1/001	Ap.Crim.	Januária	Fortuna Grion	272
1.0453.04.002836-8/001	Ap.Crim.	Novo Cruzeiro	Furtado de Mendonça	301
1.0456.08.062860-9/001	Agr.Exec.Penal	Oliveira	Evandro Lopes da Costa Teixeira	308
1.0470.08.050315-9/001	Agr.Exec.Penal	Paracatu	Paulo Cézar Dias	274
1.0499.07.004705-9/002	Ap.Crim.	Perdões	Renato Martins Jacob	306
1.0525.07.122234-9/002	Ap.Crim.	Pouso Alegre	Pedro Vergara	288
1.0672.05.182645-7/001	Ap.Crim.	Sete Lagoas	Matheus Chaves Jardim	295
1.0701.06.148666-1/001	Ap.Crim.	Uberaba	Júlio Cezar Guttierrez	292
1.0116.08.014927-5/001	Ap.Crim.	Campos Gerais	Hélcio Valentim	328

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
1.027.797-MG	Recurso Especial	Nancy Andrighi	333
1.194.378-MG	Recurso Especial	Massami Uyeda	337
1.199.147-MG	Recurso Especial	Gilson Dipp	339

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
954-MG	Ação Direta de Inconst.	Gilmar Mendes	348
106.376-MG	Habeas Corpus	Carmen Lúcia	345

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

A

ABANDONO MATERIAL
Casal que deixa de prover a subsistência dos seis filhos - Acusada submetida a constante violência doméstica - Poder de agir - Pressuposto indispensável para a tipicidade do crime - Não ocorrência - Ciência dos fatos pelo Poder Público - Ausência de intervenção junto à família - Ausência de medida protetiva à acusada - Absolvição decretada 328

AÇÃO CAUTELAR
Protesto contra a alienação de bens - Risco de insolvabilidade do devedor - Prevenção de direitos de eventuais adquirentes de boa-fé - Averbação no cartório de registro de imóveis - Possibilidade - Deferimento da medida 246

AÇÃO DE COBRANÇA
Seguro de veículo - Acidente - Motorista alcoolizado - Prova - Agravamento do risco - Cláusula excludente de cobertura - Licitude - Descumprimento do contrato por parte da segurada 185

Tratamento hospitalar - Estado de perigo - Não comprovação - Art. 156 do Código Civil 130

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Lei Estadual 10.180 - Custas judiciais cobradas pelo oficial do registro civil e recolhidas à disposição do juiz de paz - Inconstitucionalidade formal - Ocorrência - Competência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para propositura da lei - Projeto de lei proposto pelo Governador do Estado - Inconstitucionalidade da expressão "recolhidas à disposição do juiz de paz" - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (STF) 348

AÇÃO MONITÓRIA
Nota promissória assinada em branco - Preenchimento posterior - Possibilidade - Súmula 387 do STF - Falecimento do emitente - Mandato tácito - Extinção - Dívida - Inexigibilidade 157

AÇÃO ORDINÁRIA
Detran/MG - Ilegitimidade passiva - Veículo - Aquisição em leilão - Restrição financeira - Ente público - Ausência de culpa - Conduta omissiva - Responsabilidade civil do Estado - Requisitos - Ato ilícito - Dano e nexo causal - Inexistência - Dano moral - Indenização – Descabimento 198

AÇÃO ORDINÁRIA POR VÍCIO REDIBITÓRIO
Decadência - Não ocorrência - Compra e venda de veículo - Automóvel já com muitos anos de uso - Desgastes naturais - Não caracterização de defeito oculto - Desfazimento do negócio e devolução do valor pago - Inadmissibilidade - Negligência do comprador demonstrada 108

ACIDENTE
Via pública - Buraco - Sinalização - Ausência - Município - Negligência - Dever de conservação - Omissão - Dano estético - Indenização - Obrigação - *Quantum* - Arbitramento - Moderação 112

ACIDENTE DE TRÂNSITO
Concessionária de serviço público - Responsabilidade objetiva - Dano moral e estético - Lucros cessantes - Não configuração - Honorários advocatícios - Minoração - Impossibilidade 161

ÁGUA DE CÓRREGO
Uso doméstico - Alteração para uso em agronegócio - Prejuízo na utilidade - Impossibilidade - Sentença - Nulidade - Decisão *citra petita* - Carência de resolução obrigatória - Inocorrência 160

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA
Devedor - Constituição em mora - Notificação - Necessidade - Efetiva entrega - Prova - Não ocorrência - Medida liminar de busca e apreensão - Revogação 166

ALIMENTOS PROVISÓRIOS
Avós paternos - Obrigação complementar - Impossibilidade do genitor - Ausência de prova - Fixação - Descabimento 195

ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO
Estabelecimento comercial - Medida cautelar incidental - Cabimento - Ausência de dano grave e iminente à saúde pública - Princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Aplicação - Impossibilidade jurídica do pedido - Ingerência do Poder Judiciário - Ato próprio da Administração Pública - Ilegalidade - Cessação - Possibilidade de exame 237

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
Medida cautelar - Litispendência - Princípio da fungibilidade - Obrigação de fazer - Tutela específica - Requisitos - Concurso público 93

Requisitos - Verossimilhança das alegações - Receio de dano irreparável ou de difícil reparação - Ausência de prova - Indeferimento - Pensão por morte - Filho maior - Invalidez - Processo de interdição em trâmite - Ipsemg - Inclusão de dependente 199

APELAÇÃO CÍVEL
Intempestividade - Ilegitimidade passiva - Não ocorrência - Indenização - Acidente de trânsito - Concessionária de serviço público - Responsabilidade objetiva - Dano moral e estético - Lucros cessantes - Não configuração - Honorários advocatícios - Minoração - Impossibilidade 161

APREENSÃO DE VEÍCULO
Ausência de interesse para o processo - Restituição - Despesas de remoção e estadia - Isenção - Necessidade .277

ARMA DE FOGO
Porte ilegal - Arma desmuniciada - Crime de mera conduta e perigo abstrato - Erro de proibição - Confissão espontânea - Atenuante - Prestação pecuniária e multa - Cumulação 295

ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO
Posse ilegal - *Abolitio criminis temporalis* - Constitucionalidade - Atipicidade 272

ARREMATAÇÃO
Nulidade - Arguição por simples petição nos autos - Inviabilidade - Art. 746 do CPC - Embargos - Recurso próprio - Exigência - Art. 694 do CPC - Auto assinado - Carta expedida - Arrematação concretizada e acabada 78

ARREMATAÇÃO DO BEM
Crédito obtido - Preferência do crédito condominial sobre o hipotecário - Cabimento - Execução 98

ARTIGO JURÍDICO
Ementa jurisprudencial: constituição e particularidades - Reginaldo de Carvalho Machado 47

O agravo retido em audiência - Ângela de Lourdes Rodrigues 23

Os direitos humanos e as escolas de magistratura - Sandra Fonseca 19

Transação penal: cabimento nos delitos de ação penal privada - Tiago Antonio de Barros Santos 33

ASSÉDIO POR INTRUSÃO
Stalking - Perseguição deliberada e reiterada - Ex-marido - Importunação à ex-companheira - Invasão da privacidade e da intimidade - Conduta perversa - Dolo - Prova testemunhal e documental - Dano moral - Configuração - Indenização devida - Decisão mantida 147

ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL
Direito assegurado nas Constituições Federal e Estadual - Ipsemg - Suspensão da concessão do benefício através de deliberação - Ato administrativo - Ausência de motivação - Nulidade declarada - Verba honorária - Fixação - Art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil - Referencial - Apreciação equitativa do magistrado - Manutenção . . .208

B

BEM IMÓVEL
Compra e venda - Registro - Ausência - Art. 1.245, *caput* e § 1º, do Código Civil - Execução fiscal - Ajuizamento - Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça - Embargos de terceiro fundados na posse - Admissibilidade - Penhora - Manifesta ilegalidade - Princípio da boa-fé do comprador - Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça 72

BUSCA E APREENSÃO
Alienação fiduciária - Proibição - Ausência de amparo legal 244

C

CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO
Equiparação a contrato de abertura de crédito em conta-corrente - Inexistência de liquidez - Título executivo - Descaracterização - Execução - Impossibilidade 251

CÉDULA DE CRÉDITO RURAL
Revisão contratual - Código de Defesa do Consumidor - Aplicação - Resolução nº 3.785/2009 do Bacen - Reescalonamento da dívida - Direito do devedor - Art. 60, § 2º, do Decreto-lei 167/67 - Não atendimento - Aval - Nulidade 191

CERTIDÃO DE CASAMENTO
Retificação - Lei 6.515/77 - Art. 258 do Código Civil de 1916 - Nova redação - Processo de habilitação - Anterioridade - Regime de bens - Comunhão universal - Pacto antenupcial - Inexigibilidade - Princípio *tempus regit actum* - Aplicação 169

CHEQUE
Devolução - Alínea 35 - Rasura nos algarismos - Instituição financeira - Exercício regular de direito - Dano moral - Inviabilidade 164

COISA JULGADA
Imutabilidade - Novas decisões e recursos sobre a matéria - Impossibilidade 124

COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA
Prefeito municipal - Dispensa de licitação - Ministério Público - Investigação administrativa - Ilicitude de provas - Prova emprestada - Ampla defesa - Contraditório - Denúncia - Recebimento 324

CONCURSO PÚBLICO
Antecipação de tutela - Medida cautelar - Litispendência - Princípio da fungibilidade - Obrigação de fazer - Tutela específica - Requisitos 93

Médico legista - Candidato portador de necessidades especiais - Vaga destinada a deficiente físico - Exame de capacidade física em igualdade de condições com os demais candidatos - Exigência descabida - Princípios constitucionais da igualdade e da razoabilidade 201

CONDOMÍNIO
Extinção - Direito potestativo - Usucapião - Matéria de defesa - Inventário e partilha - Decisão - Quota-parte ideal - Sucessores - Benfeitorias - Realização por quem a título de permissão ou tolerância ocupou a coisa - Irrelevância - Sentença - Nulidade - Suficiência de provas - Exame - Juízo - Destinatário da prova - Cerceamento de defesa - Inocorrência 188

Reintegração de posse - Imóvel rural - Área certa e determinada - Não configuração - Art. 927 do CPC - Requisitos - Ausência 68

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA
Regulação de visitas - Interdição e curatela - Ausência de identidade das partes e causa de pedir ou pedido - Curatela transitada em julgado - Reunião dos processos - Ausência de pressupostos 95

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO
Lesão corporal praticada no âmbito doméstico - Vítima do sexo masculino - Lei Maria da Penha - Inaplicabilidade - Exigibilidade de que a vítima seja mulher - Competência do Juizado Especial Criminal 276

Tribunal do Júri - Transferência de comarca - Competência - Princípio da perpetuação da jurisdição 281

CONSUMIDOR
Aquisição de veículo novo - Vício de fabricação - Defeito no sistema elétrico - Prova pericial - Defeito sanável - Troca do produto - Impossibilidade - Art. 18 da Lei 8.078/90 - Relação de consumo - Fabricante e revendedor - Responsabilidade solidária 206

CONTRATO
Revisão de cláusulas - Competência territorial - Natureza relativa - Alteração de ofício - Impossibilidade - Súmula 33 do STJ - Aplicação 123

CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL
Competência territorial - Foro competente - Domicílio do representante - Art. 39 da Lei 4.886/65 com redação da Lei 8.420/92 - Inteligência 90

CONTRATO INTERNACIONAL
Barreiras aduaneiras - Pneus usados - Importação - Terceiros - Princípio da relatividade - Aplicação 152

CONTRAVENÇÃO PENAL
Perturbação do sossego alheio - Briga de casal - Impossibilidade 268

CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE
Incidência sobre dois cargos efetivos - *Bis in idem* - Impossibilidade - Descontos - Suspensão em relação a um dos cargos - Restituição dos valores - Serviços médico-hospitalares - Manutenção 192

CRIME AMBIENTAL
Lei 9.605/1998 - Suspensão condicional do processo - Prazo expirado - Extinção da punibilidade - Inadmissibilidade - Laudo de constatação de reparação do dano - Não apresentação - Art. 28, I, da Lei 9.605/1998 - Obrigatoriedade - Prorrogação do prazo de suspensão do processo - Art. 28, II, da Lei 9.605/1998 - Decisão cassada 263

Pessoa jurídica - Legitimidade passiva 283

Termo de ajustamento de conduta - Denúncia - Justa causa - Ausência 314

CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE
Pesca artesanal - Circunstâncias fáticas - Exame - Ausência de lesividade ao meio ambiente - Irrelevância do fato para a esfera penal - Atipicidade material - Reconhecimento - Princípio da insignificância - Ocorrência - Absolvição decretada 306

Unidade de conservação - Dano - Princípio da insignificância - Aplicação - Inadmissibilidade - Ausência de previsão no ordenamento jurídico - Flora - Bem de uso comum - Dever de preservação 322

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA
Penhora sobre aplicações livres da instituição financeira - Substituição por seguro garantia - Recusa do credor - Prova da onerosidade - Ausência 143

D

DANO MORAL
Ação de indenização - Legitimidade passiva - Instituição mantenedora do banco de dados restritivos ao crédito - Parte legítima - Prévia notificação do devedor - Obrigatoriedade - Súmula 359 do STJ - Prova - Ausência - Art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor - Descumprimento - Devedor contumaz - Não comprovação - Dano moral caracterizado - *Quantum* - Majoração - Plausibilidade - Caráter punitivo e compensatório 181

Empréstimo consignado - Cartão de crédito - Contratação indevida - Consumidor - Indução a erro - Ato ilícito - Dever de indenização - Quantificação - Extensão do dano 80

Valor - Redução - Inadmissibilidade - Situação apurada considerada grave - Risco para a vida da vítima - Indenização - Tiro disparado por terceiro nas dependências de um clube - Falha na segurança - Má prestação de serviço - Nexo causal - Prova - Culpa daquele que fez o disparo - Impossibilidade - Responsabilidade objetiva do estabelecimento que promoveu o evento - Litigância de má-fé - Não ocorrência 99

Veiculação de notícia - Jornal de grande circulação - Fonte - Boletim de ocorrência - Veracidade dos fatos - Verificação - Não ocorrência - Dano - Configuração - Ressarcimento - Obrigação - *Quantum* - Razoabilidade - Sentença mantida 176

DANOS MORAIS E MATERIAIS
Dengue - Falecimento - Administração Pública Municipal - Ato omissivo - Prova - Ausência - Responsabilidade subjetiva - Omissão genérica - Dever de indenizar - Inexistência 55

DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO
Liminar - Requisitos - Art. 59, § 1º, IX, da Lei 8.245/91 - Presença - Manutenção da liminar 115

DIREITO AUTORAL
Violação - Adequação social - Laudo pericial - Indicação das vítimas - Desnecessidade 290

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 (STJ) 333

DIREITO PROCESSUAL CIVIL
Conversão de agravo de instrumento em agravo retido - Interposição de agravo regimental - Impossibilidade - Art. 527, parágrafo único, do CPC, com redação dada pela Lei 11.187/2005 - Não conhecimento do recurso 67

DISPARO DE ARMA DE FOGO (ART. 15 DA LEI 10.826/2003) E RESISTÊNCIA
Policial militar - Nulidade do feito - Incompetência da Justiça Comum - Não cabimento - Crime cometido fora de serviço - Prova - Competência firmada - Legítima defesa - Absolvição - Inviabilidade - Versão isolada - Requisitos não atendidos (art. 25 do Código Penal) - Pena corretamente aplicada - Manutenção - Custas - Isenção - Art. 12 da Lei 1.060/50 e Súmula 58 do TJMG 259

DIVÓRCIO CONSENSUAL
Homologação - Alimentos - Renúncia - Posterior pretensão - Impossibilidade - Carência de ação 88

DOAÇÃO VERBAL
Imóvel - Suposta doadora falecida - Ausência de capacidade - Escritura pública - Exigência legal - Art. 541 do Código Civil - Inteligência - Suprimento judicial - Impossibilidade 135

DOENTE MENTAL
Internação psiquiátrica - Incapaz abandonado - Risco de morte - Art. 4º da Lei 10.216/01 64

E

EMBARGOS À EXECUÇÃO
Boleto bancário - Protesto - Documento hábil - Notas fiscais de entrega juntadas - Força executiva - Art. 8º da Lei 9.492/97 - Sentença cassada 178

EMBARGOS DE TERCEIRO
Desconstituição de impedimento judicial - Anterioridade da aquisição - Terceiro de boa-fé - Bem móvel - Propriedade - Transmissão - Tradição 174

EMISSÃO DE CHEQUE SEM PROVISÃO DE FUNDOS
Estelionato - Prejuízo - Ressarcimento - Denúncia - Recebimento *a posteriori* - Ação penal - Justa causa - Ausência - Extinção da punibilidade - Aplicação da Súmula 554 do STF 279

EMPRESA
Mudança no quadro societário - Negativa de arquivamento de alteração contratual - Vinculação ao pagamento de débito fiscal do novo sócio - Ilegalidade 141

ESTABELECIMENTO DE ENSINO PÚBLICO
Menor - Escola mais próxima da residência - Efetivação de matrícula - Negativa do Estado - Educação - Direito fundamental - Pedido administrativo - Conselho Tutelar - Mandado de segurança - Liminar - Deferimento 92

ESTABELECIMENTO DE SAÚDE MENTAL
Internação de preso - Antecipação de tutela - Efeito suspensivo - Deferimento primitivo mantido em liminar de agravo - Fato superveniente - Reforma da decisão - Princípio da soberania e unicidade das decisões 60

ESTADO DE PERIGO
Não comprovação - Art. 156 do Código Civil - Ação de cobrança - Tratamento hospitalar 130

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
Ato infracional análogo ao delito do art. 14 da Lei 10.826/2003 - Remissão extintiva - Maioridade civil - Outorga ministerial - Não ocorrência - Oposição - Medidas socioeducativas - Aplicação - Idade-limite - 21 anos - Possibilidade - Prosseguimento do feito determinado 310

ESTELIONATO
Emissão de cheque sem provisão de fundos - Prejuízo - Ressarcimento - Denúncia - Recebimento *a posteriori* - Ação penal - Justa causa - Ausência - Extinção da punibilidade - Aplicação da Súmula 554 do STF 279

Evento festivo - Venda de ingressos falsificados - Difícil percepção - Laudo pericial - Prova - Ciência da falsidade - Ônus da prova - Desincumbência - Não ocorrência - Presença do elemento subjetivo - Prejuízo para as vítimas - Crime caracterizado 255

Internet - *Site* de vendas - Pagamento - Comprovantes falsos enviados via e-mail - Fraude - Vítimas - Indução a erro - Mercadorias remetidas - Fraude civil - Não ocorrência - Finalidade - Obtenção de vantagem indevida - Teoria da imputação objetiva - Inaplicabilidade - Lesividade patente 292

ESTELIONATO E FALSIDADE IDEOLÓGICA
Dolo específico - Prova - Inexistência - Presunção de inocência - Prevalência - Absolvição - Viabilidade 311

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO
Suspensão do feito - Inviabilidade - Não reconhecimento pelo magistrado - Produção de provas - Preclusão - Art. 98 do CPP - Atuação regular do magistrado em condenações anteriores - Parcialidade não demonstrada - Exceção rejeitada 315

EXECUÇÃO
Arrematação do bem - Crédito obtido - Preferência do crédito condominial sobre o hipotecário - Cabimento . . .98

Bem imóvel de difícil alienação - Bloqueio/penhora de valores - Possibilidade 105

Impossibilidade - Cédula de crédito bancário - Equiparação a contrato de abertura de crédito em conta-corrente - Inexistência de liquidez - Título executivo - Descaracterização 251

EXECUÇÃO FISCAL
Empresa - Não localização - Dissolução irregular - Ato ilegal - Sócio administrador - Não inclusão na CDA como coobrigado - Redirecionamento da execução - Possibilidade 104

IPTU - Responsabilidade superveniente - Transferência de propriedade no curso da ação - Pedido de substituição das CDAs - Desnecessidade 117

EXECUÇÃO PENAL
Doença mental - Superveniência - Pena privativa de liberdade - Medida de segurança - Conversão 274

Falta grave - Art. 50, VII, da Lei 7.210/84, incluído pela Lei 11.466/2007 - Posse de aparelho de telefonia celular no ambiente prisional - Prova - Ausência de utilização - Falta do *chip* - Desimportância - Suficiência da posse .300

EXTINÇÃO DO PROCESSO POR ABANDONO DA CAUSA
Art. 267, III, do CPC - Não ocorrência - Providências cumpridas pela parte - Ato processual subsequente afeto ao Poder Judiciário - Sentença - Cassação 155

F

FALSA IDENTIDADE
Autodefesa - Direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF) - Princípio da legalidade (art. 5º, II, CF) - Colisão - Elementos constitutivos do tipo - Presença - Conduta típica 318

FALSIDADE IDEOLÓGICA
Declaração de pobreza - Atipicidade - Posterior apreciação judicial - Possibilidade - Investigação - Instauração da ação penal - Ausência de justa causa - Trancamento do inquérito policial - *Habeas corpus* - Concessão da ordem 330

FALTA GRAVE
Execução penal - Art. 50, VII, da Lei 7.210/84, incluído pela Lei 11.466/2007 - Posse de aparelho de telefonia celular no ambiente prisional - Prova - Ausência de utilização - Falta do *chip* - Desimportância - Suficiência da posse 300

FRAUDE À EXECUÇÃO
Usufruto - Penhora do exercício do referido direito real - Possibilidade - Bem de família - Outros bens - Não comprovação 58

FURTO
Pena - Trânsito em julgado para o órgão ministerial - Réu menor de 21 anos à época do crime - Prescrição da pretensão punitiva - Ocorrência - Declaração de ofício - Mérito prejudicado - Receptação - Negativa de autoria - Ausência de elementos de convicção - Absolvição decretada 269

G

GARIMPAGEM
Indenização - Dano moral - Construção de hidrelétrica - Obstrução do exercício regular de profissão - Atividade no período - Ausência de prova - Fato constitutivo - Ônus do autor 170

H

HOMICÍDIO
Aberratio ictus com unidade complexa - Morte da vítima visada - Lesões corporais na vítima atingida por erro - Juiz-presidente - Condenação contrária à decisão dos jurados 264

I

IMÓVEL RURAL
Reintegração de posse - Condomínio - Área certa e determinada - Não configuração - Art. 927 do CPC - Requisitos - Ausência 68

IMPOSTO DE RENDA
Cardiopatia grave e doença mental incapacitante (Alzheimer) - Isenção - Requisitos - Art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88 - Comprovação - Termo inicial indeterminado - Perícia médica - Determinação - Sentença - Omissão quanto a juros moratórios e correção monetária - Complementação - Incidência da Súmula 162 do Superior Tribunal de Justiça 149

INCÊNDIO
Desclassificação - Dano - Participação de menor importância - Majorantes - Casa habitada - Depósito de combustível - Multa - Indenização - Custas - Isenção 301

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE
Decreto municipal - Vedação de venda de passagens de ônibus fora do terminal rodoviário - Violação de princípios constitucionais - Livre iniciativa - Livre concorrência - Defesa do consumidor - Proibição de caráter geral sem edição de lei em sentido formal - Inconstitucionalidade 49

INDENIZAÇÃO
Ação ordinária - Veículo - Aquisição em leilão - Restrição financeira - Detran/MG - Ilegitimidade passiva - Ente público - Ausência de culpa - Conduta omissiva - Responsabilidade civil do Estado - Requisitos - Ato ilícito - Dano e nexo causal - Inexistência - Dano moral - Descabimento 198

Acidente de trânsito - Concessionária de serviço público - Responsabilidade objetiva - Dano moral e estético - Lucros cessantes - Não configuração - Honorários advocatícios - Minoração - Impossibilidade 161

Dano material - Dano moral - Dano e nexo de causalidade - Inexistência - Responsabilidade civil - Não configuração - Culpa exclusiva da vítima - Indenização indevida - *Venire contra factum proprium* e autonomia da vontade - Participação ativa em programa de TV tarifado - Violação a dispositivos legais - Não ocorrência 74

Dano moral - Construção de hidrelétricas - Obstrução do exercício regular de profissão - Garimpagem - Atividade no período - Ausência de prova - Fato constitutivo - Ônus do autor 170

Danos morais e materiais - Instituição de ensino superior - Alteração na denominação do curso - Ato ilícito - Prejuízo ao aluno - Ocorrência - Dever de indenizar - Votos vencidos 82

Erro médico - Negligência - Imperícia - Recém-nascida - Quadro de risco - Não encaminhamento da criança ao especialista competente - Culpa delineada - Hospital - Fornecimento de serviços - Fatos ocorridos em suas dependências - Ato de médicos sócios-quotistas - Responsabilidade objetiva - Exames imprescindíveis - Não realização - Diagnóstico precoce - Não ocorrência - Agravamento do quadro - Tratamento agressivo e prolongado - Ausência de prova de que a doença incidiu muito posteriormente ao parto - Dano moral - Dano material - Ocorrência - Lucros cessantes - Acompanhamento do tratamento pela mãe - Óbice ao exercício de sua profissão - Confirmação da perícia - Cabimento 217

Inscrição em concurso público - Erro da casa lotérica - Perda de uma chance - Dano moral e material - Valor - Fixação 138

Seguro - Veículo - Furto qualificado - Recusa da seguradora - Risco excluído - Materialidade atestada pelo *Parquet* - Pagamento devido - Litigância de má-fé - Não configuração 153

Seguro - Transporte de carga - Roubo - Contrato - Cláusulas - Gerenciamento de risco - Descumprimento - Ausência de prova - Cobertura devida 249

Tiro disparado por terceiro nas dependências de um clube - Falha na segurança - Má prestação de serviço - Nexo causal - Prova - Culpa daquele que fez o disparo - Impossibilidade - Responsabilidade objetiva do estabelecimento que promoveu o evento - Danos morais - Valor - Redução - Inadmissibilidade - Situação apurada considerada grave - Risco para a vida da vítima - Litigância de má-fé - Não ocorrência 99

INFRAÇÃO DE TRÂNSITO
Cancelamento - BHTrans - Sociedade de economia mista - Fiscalização e aplicação de sanções administrativas - Impossibilidade - Município - Delegação de poder de polícia - Limite de competência 84

INJÚRIA E DIFAMAÇÃO
Atipicidade de conduta - Subsunção aos tipos penais - Não ocorrência - *Animus diffamandi* e *animus injuriandi* - Ausência - Rejeição da queixa-crime 298

INTERDITO PROIBITÓRIO
Posse anterior - Turbação ou esbulho - Justo receio - Prova - Existência 96

INTERESSE PROCESSUAL
Utilidade e necessidade do provimento - Obrigação de fazer - Imóvel abandonado - Ausência de conservação e limpeza - Construção de muro e passeio - Riscos à saúde pública - Direito de agir notório - Art. 513, § 3º, do CPC - Inteligência - Necessidade de dilação probatória 203

INTERNET
Estelionato - *Site* de vendas - Pagamento - Comprovantes falsos enviados via e-mail - Fraude - Vítimas - Indução a erro - Mercadorias remetidas - Fraude civil - Não ocorrência - Finalidade - Obtenção de vantagem indevida - Teoria da imputação objetiva - Inaplicabilidade - Lesividade patente 292

INVENTÁRIO
Permissão de serviço público - Exploração de serviços de táxi - Valor econômico - Transferência a herdeiros - Inclusão na partilha - Possibilidade - Art. 32 da Portaria DPR nº 033/2005 da BHTrans 241

Suspensão em face de ação declaratória de união estável - Desnecessidade - Meação - Controvérsia - Reserva do quinhão - Possibilidade - Aplicação do art. 1.001 do Código de Processo Civil 87

IPTU
Cobrança do espólio e sucessoras - Partilha homologada - Impossibilidade - Art. 131, II e III, do Código Tributário Nacional - Inteligência - Sucessoras coproprietárias e copossuidoras - Execução fiscal - Redirecionamento - Art. 4º, I, Lei de Execução Fiscal - Aplicação 70

L

LEGITIMIDADE PASSIVA
Reintegração de posse - Agente perturbador da posse - Dano material - Prova - Necessidade 125

LEI MARIA DA PENHA
Penal - Lesão corporal leve - Ação penal pública condicionada à representação - Retratação da vítima - Audiência especial - Necessidade - Estupro - Irretratabilidade posterior à denúncia - Condições pessoais da vítima e consentimento - Violência presumida - Caráter absoluto - Recurso desprovido (STJ) 339

LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO
Laudo pericial confeccionado por um só perito - Validade - Súmula 20 do TJMG - Nulidade - Afastamento - Conduta praticada - Necessidade - Prova - Vítima - Comportamento violento - Prova testemunhal - Absolvição que se impõe 288

LICENÇA À GESTANTE
Prorrogação - Lei 11.770/2008 - Regulamentação - Necessidade - Ausência de lei específica - Poder Judiciário - Concessão - Ofensa à separação dos Poderes - Sentença reformada em reexame necessário 111

LICENÇA-MATERNIDADE
Prorrogação - Lei Federal 11.770/2008 - Necessidade de lei específica 62

LIMINAR
Despejo por falta de pagamento - Requisitos - Art. 59, § 1°, inciso IX, da Lei 8.245/91 - Presença - Manutenção da liminar 115

LOCAÇÃO
Fiador - Cônjuge-varão - Morte - Garantia fidejussória finda - Inadimplemento de obrigações *a posteriori* - Responsabilidade do cônjuge sobrevivente - Subsistência até a devolução das chaves - Cláusula expressa no contrato 133

M

MANDADO DE SEGURANÇA
Concessão da ordem - Veículo financiado - Quitação - Alienação fiduciária - Baixa da restrição - Pedido formulado junto ao órgão de trânsito - Recusa - Liberação do gravame somente por meio eletrônico - Exigência do Detran - Descabimento - Mandado de segurança 215

MEDIDA CAUTELAR
Litispendência - Antecipação de tutela - Princípio da fungibilidade - Obrigação de fazer - Tutela específica - Requisitos - Concurso público 93

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO
Nota biográfica - Desembargador Sebastião Helvécio Rosenburg 15

Nota histórica - O *Erário Régio de Sua Majestade* e a administração fiscal nas Minas setecentistas 16

MUNICÍPIO
Negligência - Via pública - Buraco - Acidente - Sinalização - Ausência - Dever de conservação - Omissão - Dano estético - Indenização - Obrigação - *Quantum* - Arbitramento - Moderação 112

MUTIRÃO CARCERÁRIO
Juiz natural - Promotor natural - Tribunal de exceção 308

N

NOTA BIOGRÁFICA
Desembargador Sebastião Helvécio Rosenburg - Memória do Judiciário Mineiro 15

NOTA HISTÓRICA
O *Erário Régio de Sua Majestade* e a administração fiscal nas Minas setecentistas - Memória do Judiciário Mineiro . .16

O

OBRA PÚBLICA
Canalização - Serviço inadequado e ineficiente - Chuva - Enchente e desmoronamento - Perda do lote, da casa e dos bens móveis - Nexo causal demonstrado - Indenização moral e material devida - Valor - Critério de fixação - Razoabilidade - Manutenção 65

P

PENHORA
Parte de imóvel do devedor - Intimação dos demais condôminos - Desnecessidade 54

PENHORA *ON-LINE*
Lei 11.382/06 - Dinheiro em espécie, depósitos e aplicações financeiras - Bens preferenciais - Art. 655, I, do CPC - Localização de outros bens - Exaurimento de diligências - Desnecessidade - Decisão reformada 179

PENSÃO POR MORTE
Filho maior - Invalidez - Processo de Interdição em trâmite - Ipsemg - Inclusão de dependente - Antecipação de tutela - Requisitos - Verossimilhança das alegações - Receio de dano irreparável ou de difícil reparação - Ausência de prova - Indeferimento 199

Inclusão de companheira - União estável - Reconhecimento - Decisão judicial - Trânsito em julgado - Prova - Ausência - Sentença inoponível a terceiros - Segurança denegada - Manutenção 190

PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO
Exploração de serviços de táxi - Valor econômico - Transferência a herdeiros - Inclusão na partilha - Possibilidade - Art. 32 da Portaria DPR nº 033/2005 da BHTrans 241

POLICIAL MILITAR
Disparo de arma de fogo (art. 15 da Lei 10.826/2003) e resistência - Nulidade do feito - Incompetência da Justiça Comum - Não cabimento - Crime cometido fora de serviço - Prova - Competência firmada - Legítima defesa - Absolvição - Inviabilidade - Versão isolada - Requisitos não atendidos (art. 25 do Código Penal) - Pena corretamente aplicada - Manutenção - Custas - Isenção - Art. 12 da Lei 1.060/50 e Súmula 58 do TJMG 259

POSSE DE APARELHO DE TELEFONIA CELULAR NO AMBIENTE PRISIONAL
Execução penal - Falta grave - Art. 50, VII, da Lei 7.210/84, incluído pela Lei 11.466/2007 - Prova - Ausência de utilização - Falta do *chip* - Desimportância - Suficiência da posse 300

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
Servidor público - Pena de demissão - Ato infracional - Autoria - Ausência de prova - Punição - Desproporcionalidade - Reintegração 145

PROMESSA DE COMPRA E VENDA
Imóvel - Valor parcelado - Indexação - Salário-mínimo - Impossibilidade - Substituição - Reajuste de poupança - Previsão contratual - Valor da causa - Art. 259, V, do CPC - Inteligência - Exceção ao comando legal - Revisão de contrato - Critério - Proveito econômico - Nulidade - Julgamento *ultra petita* - Inocorrência - Ausência de provimento ampliativo ou extenso - Prescrição - Inocorrência - Revisão do contrato - Nulidade de cláusula contratual - Compra e venda - Ausência de pretensão de ressarcimento e/ou reparação civil - Prazo 119

PROTESTO JUDICIAL CONTRA A ALIENAÇÃO DE BENS
Risco de insolvabilidade do devedor - Prevenção de direitos de eventuais adquirentes de boa-fé - Averbação no cartório de registro de imóveis - Possibilidade - Ação cautelar - Deferimento da medida 246

R

RECEPTAÇÃO
Negativa de autoria - Ausência de elementos de convicção - Absolvição decretada - Furto - Pena - Trânsito em julgado para o Órgão Ministerial - Réu menor de 21 anos à época do crime - Prescrição da pretensão punitiva - Ocorrência - Declaração de ofício - Mérito prejudicado 269

RECURSO ESPECIAL
Direito civil - Registro civil - Finalidade - Eficácia, autenticidade e segurança dos atos jurídicos - Assento de casamento - Retificação de dados a respeito da profissão - Inadequação da via eleita - Incidência da Súmula 242/STJ -

Ação de retificação - Medida excepcional que exige comprovação inequívoca de erro em sua lavratura - Ausência, *in casu* - Recurso improvido (STJ) 337

REINTEGRAÇÃO DE POSSE
Área de preservação ambiental de domínio público - Posse nova e injusta - Comprovação - Esbulho - Caracterização - Usucapião - Impossibilidade - Deferimento 106

Imóvel rural - Condomínio - Área certa e determinada - Não configuração - Art. 927 do CPC - Requisitos - Ausência 68

Legitimidade passiva - Agente perturbador da posse - Dano material - Prova - Necessidade 125

REMISSÃO EXTINTIVA
Estatuto da Criança e do Adolescente - Ato infracional análogo ao delito do art. 14 da Lei 10.826/2003 - Maioridade civil - Outorga ministerial - Não ocorrência - Oposição - Medidas socioeducativas - Aplicação - Idade-limite - 21 anos - Possibilidade - Prosseguimento do feito determinado 310

RESPONSABILIDADE CIVIL
Indenização - Ato praticado por promotora exercendo atribuição eleitoral - Ilegitimidade passiva *ad causam* do Estado de Minas Gerais - Extinção do processo sem julgamento de mérito 53

Indenização - Inscrição em concurso público - Erro da casa lotérica - Perda de uma chance - Dano moral e material - Valor - Fixação 138

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO
Conduta omissiva - Requisitos - Ato ilícito - Dano e nexo causal - Inexistência - Veículo - Aquisição em leilão - Restrição financeira - Ação ordinária - Detran/MG - Ilegitimidade passiva - Ente público - Ausência de culpa - Dano moral - Indenização - Descabimento 198

S

SEGURO
Indenização - Veículo - Furto qualificado - Recusa da seguradora - Risco excluído - Materialidade atestada pelo *Parquet* - Pagamento devido - Litigância de má-fé - Não configuração 153

Transporte de carga - Roubo - Contrato - Cláusulas - Gerenciamento de risco - Descumprimento - Ausência de prova - Indenização devida 249

SERVIÇO DE TELEFONIA
Contratação de linha - Não ocorrência - Inversão do ônus da prova - Verificação de dados - Negligência da empresa - Inclusão indevida no cadastro de inadimplentes - Dano moral caracterizado - Indenização devida 127

SERVIDOR PÚBLICO
Processo administrativo disciplinar - Pena de demissão - Ato infracional - Autoria - Ausência de prova - Punição - Desproporcionalidade - Reintegração 145

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL
Ocupação de dois cargos efetivos - Contribuição para custeio de assistência à saúde - Incidência nos dois cargos - *Bis in idem* - Impossibilidade - Descontos - Suspensão em relação a um dos cargos - Restituição dos valores - Serviços médico-hospitalares - Manutenção 192

STALKING
Assédio por intrusão - Perseguição deliberada e reiterada - Ex-marido - Importunação à ex-companheira - Invasão da privacidade e da intimidade - Conduta perversa - Dolo - Prova testemunhal e documental - Dano moral - Configuração - Indenização devida - Decisão mantida 147

T

TÁXI
Permissão de serviço público - Exploração de serviços - Valor econômico - Transferência a herdeiros - Inclusão na partilha - Possibilidade - Art. 32 da Portaria DPR nº 033/2005 da BHTrans 241

TRÁFICO DE ENTORPECENTES
Uso - Fornecimento gratuito - Pessoas desconhecidas do agente - Sucessão de leis no tempo 257

TRIBUNAL DO JÚRI
Constitucional, Penal e Processual Penal - Confissão espontânea não debatida no Plenário - Autodefesa - Plenitude de defesa - Reconhecimento pelo magistrado de ofício - Possibilidade - Natureza objetiva da atenuante - Direito público subjetivo do réu - Princípios da individualização da pena e da proporcionalidade resguardados - Harmonização do art. 492, I, do Código de Processo Penal, aos arts. 65, III, *d*, do Código Penal, e 5º, XXXVIII, *a*, e XLVI, da Constituição da República (STF) 345

U

USUFRUTO
Fraude à execução - Penhora do exercício do referido direito real - Possibilidade - Bem de família - Outros bens - Existência - Não comprovação 58

V

VEÍCULO
Aquisição de veículo novo - Vício de fabricação - Defeito no sistema elétrico - Prova pericial - Defeito sanável - Troca do produto - Impossibilidade - Art. 18 da Lei 8.078/90 206

...